

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT

LE
RÔLE DE L'ARBITRAGE
DANS
L'ÉVOLUTION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SCIENCES JURIDIQUES

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le *Lundi 7 Juin 1926*, à 2 heures

PAR

François de MENTHON

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DOCTEUR EN DROIT (Sciences politiques et économiques)

Président : M. PILLET, *Professeur*.

Suffragants : MM. BASDEVANT, *Professeur*.
NOAILLES, *Professeur*.

" Editions Spes "

17, RUE SOUFFLOT, PARIS (V^e)

—
1926

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT

LE
RÔLE DE L'ARBITRAGE
DANS
L'ÉVOLUTION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SCIENCES JURIDIQUES

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Lundi 7 Juin 1926, à 2 heures

PAR

François de MENTHON

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DOCTEUR EN DROIT (Sciences politiques et économiques)

Président : M. PILLET, Professeur.

Suffragants { *MM. BASDEVANT, Professeur.*
NOAILLES, Professeur.

" Editions Spes "

17, RUE SOUFFLOT, PARIS (V°)

—
1926

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



INTRODUCTION

L'arbitrage reçoit chaque jour de nouvelles applications. Ce n'est plus seulement dans le domaine du droit international que les nations s'efforcent de développer les recours à des procédures arbitrales. Tout récemment, une loi française du 31 décembre 1925 intervenait pour autoriser l'usage de la clause compromissoire en matière commerciale, et une convention internationale en voie de ratification a pour objet d'assurer en tous pays l'efficacité de semblables clauses.

Dans un domaine qui offre des caractères commun avec celui du droit international, celui du travail, l'arbitrage apparaît à beaucoup de bons esprits comme une partie intégrante des formes nouvelles de l'économie organisée.

En droit international et en droit ouvrier, l'origine de la procédure arbitrale apparaît foncièrement identique.

La société internationale était formée d'Etats théoriquement indépendants; les conflits qui survenaient entre eux ne pouvaient se dénouer que par la force, force de l'intrigue ou force des armes. Mais la gravité accrue des conflits armés, l'interdépendance chaque jour plus grande des nations, ont démontré aux peuples la nécessité de tendre vers la solution pacifique des litiges. Mais ce règlement pacifique ne peut se généraliser que par l'application des règles fixes de droit : le règne du droit tend ainsi à se substituer au règne de la force.

Cependant, la notion d'indépendance des Etats, les susceptibilités légitimes de chacun, l'absence d'une véritable autorité internationale s'opposent à l'introduction immédiate d'une juridiction régulière universelle. Le droit international présente

encore de graves lacunes; la compétence d'une juridiction ne peut s'y fonder que sur des bases contractuelles, la constitution même d'un tribunal se heurte à bien des difficultés.

Pour surmonter celles-ci comme pour combler les lacunes juridiques, une longue évolution tant morale que judiciaire apparaît nécessaire, si l'on veut que s'impose peu à peu à la Société des Nations un régime juridictionnel. L'histoire de l'arbitrage est l'histoire de cette évolution. En effet, la procédure arbitrale à base contractuelle est moins stricte dans ses exigences juridiques; elle s'accommode plus facilement d'un droit encore en formation; l'arbitrage permet aux parties de n'abandonner qu'à des juges choisis par eux, et en toute connaissance de cause, la solution d'un litige déterminé; il respecte ainsi toutes leurs susceptibilités d'indépendance.

Le rôle de l'arbitrage apparaît sensiblement identique en droit ouvrier. Dans la société industrielle, les groupements qui s'affrontent ont recours à la force (grève, lock-out) pour régler leurs conflits. Mais l'évolution économique et l'organisation du travail industriel donnent aux conflits collectifs une gravité particulière; les grèves générales se substituent aux grèves partielles. Le préjudice porté par ces luttes non plus seulement à quelques catégories d'intéressés, mais à toute l'activité économique du pays, le danger aussi qu'elles peuvent faire courir à l'ordre social ou à la défense nationale en temps de guerre, démontrent la nécessité d'imposer là aussi des solutions pacifiques.

Mais on ne peut imposer aux parties que des règlements juridiques. Or, plus encore que dans la société internationale les normes juridiques font défaut. Néanmoins, une coutume sociale est en voie de formation, des règles économiques se dégagent peu à peu qui demain peuvent prendre corps dans une discipline juridique. Là aussi une longue évolution sociale et juridique est susceptible de permettre l'avènement d'un régime juridictionnel. Et on comprend qu'en tous pays, depuis de nombreuses années déjà, professionnels, sociologues et légistes aient songé à la procédure arbitrale pour hâter cette évolution, pour en être l'actif instrument.

Mais tandis que dans la société internationale, cette évolution judiciaire est suffisamment avancée pour nous permettre d'en ébaucher dès maintenant le dessein, dans la société économi-

que, nous ne pouvons encore que dégager les conditions de semblable développement, tout en montrant qu'elle est dans la logique de l'organisation économique moderne .

Dans ces deux domaines, la procédure arbitrale nous apparaît ainsi comme le mode normal de règlement des contestations lorsque par suite de l'établissement des relations pacifiques habituelles entre individus ou collectivités indépendants les uns à l'égard des autres, une première notion de droit se dégage. Ainsi pour les groupements que sont les Etats, lorsque leurs rapports sont commandés non plus seulement par la force, mais par des règles de droit même embryonnaires, l'arbitrage apparaît comme une première étape vers un pouvoir judiciaire. De même en un domaine d'activité comme celui de la société économique ou l'individu jusque là n'a été limité par aucune règle de droit dans beaucoup de ses rapports avec ses semblables, la procédure arbitrale prépare les voies à un régime juridictionnel.

Le développement récent de la procédure arbitrale en matière commerciale peut sembler d'origine toute différente. Ici depuis longtemps les tribunaux spécialisés connaissent des litiges ; il n'y a point carence de juridiction. Mais à côté de la juridiction régulièrement compétente, les professionnels organisent le recours à l'arbitrage. Cette contradiction n'est peut-être qu'apparente ; il est possible sans doute de démontrer que l'arbitrage ici encore se présente comme préparant les voies à une véritable juridiction, qui tend comme dans la société économique à s'organiser sur une base professionnelle.

**

L'histoire confirme les données encore fragmentaires fournies au juriste par le développement récent et inachevé de la procédure arbitrale en droit international, en droit ouvrier, en droit commercial.

Dans les sociétés primitives, l'histoire de l'antiquité et les observations contemporaines nous montrent l'importance de l'arbitrage ; les renseignements nous manquent malheureusement pour dégager son rôle dans l'évolution des institutions judiciaires.

Mais l'histoire de Rome nous offre un exemple particulièrement lumineux de l'influence de l'arbitrage sur tout le développement judiciaire d'une société. Toute la procédure ordinaire romaine n'est encore, du moins dans ses formes extérieures, qu'une procédure arbitrale; ce caractère singulier de l'instance primitive ne peut s'expliquer que par la survivance de coutumes antérieures. L'évolution juridique, les interventions du prêteur transforment ensuite peu à peu la juridiction arbitrale en justice publique.

Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire apparaît moins nettement dans le droit de la monarchie franque. Néanmoins, toute la procédure de la loi salique est à base contractuelle et subjective, donc d'origine arbitrale; peu à peu, ce caractère arbitral s'atténuera sous la monarchie mérovingienne, pour disparaître sous la monarchie carolingienne.

Plus caractéristique nous apparaît le rôle de l'arbitrage dans le développement de la juridiction ecclésiastique. Son origine, au bas-empire romain, est dans l'arbitrage; son extension, à l'époque franque, puis surtout à l'époque féodale, s'opère par le libre choix des parties.

À l'époque féodale, le rôle de l'arbitrage est d'ailleurs considérable. La justice dite féodale, comme tout le droit qui s'y rattache, dérivait de conventions entre les particuliers et présentait donc nettement un caractère arbitral. D'autre part, c'est par la procédure arbitrale que se développeront la justice royale et les justices municipales, aux dépens des justices seigneuriales.

L'ancien droit français ne nous offre pas des enseignements du même ordre, et l'on ne saurait plus parler ici du rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire. Nous ne pouvons nous en étonner puisque nous sommes à une période où le développement judiciaire interne est parvenu à son terme. Mais nous y verrons l'arbitrage utilisé pour la création de véritables juridictions spécialisées.

Cet aperçu rapide du jeu de l'arbitrage dans un certain nombre de sociétés nous permettra ainsi de mieux en comprendre le rôle, qui nous apparaît considérable dans l'évolution judiciaire.



Mais avant d'aborder ces études, il convient de définir rapidement l'arbitrage.

L'arbitrage est une juridiction; l'arbitre est un juge qui rend une sentence, qui dit le droit. Mais l'arbitrage se différencie de la justice régulière par son fondement conventionnel. Le juge-arbitre tient son pouvoir de la volonté des parties, et non pas de l'autorité publique; la mission et la compétence de l'arbitre, la force de sa sentence dérivent de la convention dite compromis par laquelle les parties décident de s'en remettre à lui du soin de régler leur litige, et s'engagent à se soumettre à sa décision.

De cette nature juridique de l'arbitrage, il résulte que semblable procédure présente habituellement quatre caractères.

C'est d'abord la liberté pour les parties d'y recourir ou non; mais les parties peuvent renoncer à user de cette faculté de libre disposition, pour chaque cas déterminé, et souscrire un engagement général de recourir à l'arbitrage.

Le second de ces caractères habituels de l'arbitrage réside dans le libre choix du juge par les parties; mais les parties peuvent décider de s'en remettre au jugement d'un tribunal déjà constitué.

La convention des parties aura aussi normalement pour but de préciser les pouvoirs de l'arbitre; le compromis délimitera sa compétence et il décidera des principes suivant lesquels devra être rendue la sentence, en posant au besoin des règles nouvelles ou en se reportant expressément ou tacitement aux coutumes et conventions en usage, ou encore en donnant à l'arbitre le pouvoir de statuer selon l'équité; le compromis pourra aussi fixer la procédure à suivre. Mais lorsque les arbitrages se multiplient, on comprend que parallèlement une procédure et des règles de droit se dégagent; et les compromis pourront être muets sur ces différents points.

Le dernier caractère de l'arbitrage est de donner lieu à une sentence, dont la seule force réside dans l'engagement antérieur pris par les parties en concluant le compromis de se soumettre à la décision qui interviendra. La sentence arbitrale a l'autorité d'une convention, et non pas la force exécutoire d'une sen-

tence judiciaire. Mais on comprend que, peu à peu, cette différence tende pratiquement à s'effacer, la société assurant l'exécution des sentences arbitrales.

L'arbitrage tend ainsi naturellement à se rapprocher d'une justice régulière, et à fonder une véritable juridiction, de sorte qu'il n'est guère possible d'isoler l'arbitrage en sa perfection théorique. Dans la réalité, l'arbitrage se présente comme en perpétuelle évolution; le stade arbitral aussitôt atteint se trouve dépassé, de sorte que l'histoire de cette évolution se confond dans un grand nombre de cas avec l'histoire du développement même des institutions judiciaires.

C'est fréquemment l'usage, et l'usage arbitral qui dégage d'abord les premiers traits de l'organisation judiciaire. Et l'on conçoit que le stade arbitral corresponde fréquemment avec l'âge de la coutume. S'il n'y a point en une matière ou en une société de juridiction régulière, ou si celle-ci s'avère insuffisante, c'est que les normes juridiques n'existent point encore ou ne se sont pas déjà fixés en des lois écrites, ou bien que les usages qui commandent à telle catégorie de contrats ne se prêtent point facilement à semblable codification (notamment en matière commerciale).

Si dans une société évoluée des individus ayant entre eux quelques difficultés recourent normalement pour y mettre fin à une justice légalement organisée sous la sauvegarde de l'Etat, généralement subsiste à ses côtés une autre justice d'origine privée et contractuelle que l'on nommera un arbitrage. C'est là une sorte de recours ouvert aux particuliers contre les abus possibles de la justice publique.

Mais cette institution étroitement réglementée par la loi, outre qu'elle ne présente plus guère des caractères essentiels que nous avons reconnus à l'arbitrage, ne nous intéressera, pour l'étude que nous tentons du rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire, que dans les cas où elle servira à fonder à son tour une nouvelle juridiction. Ainsi, l'arbitrage du bas-empire romain est à l'origine de la juridiction ecclésiastique, l'arbitrage de notre code de procédure civile semble aujourd'hui devoir présider à la formation d'une juridiction commerciale à base professionnelle.



Cette rapide analyse juridique de l'arbitrage permet de comprendre l'intérêt d'une étude consacrée à dégager et à expliquer le rôle de cette institution dans le développement judiciaire.

Après avoir donné un aperçu de l'importance de l'arbitrage dans les sociétés primitives sur lesquelles nous ne possédons que des renseignements fragmentaires, nous tenterons cette démonstration par l'étude des origines de juridictions qui sont parvenues ensuite à leur plein développement, notamment dans la société romaine, dans la société franque, dans la justice ecclésiastique, dans la société féodale, dans l'ancien droit français.

Puis dans une seconde partie nous étudierons les développements récents de la procédure arbitrale, et en droit international, et en droit ouvrier, et en matière commerciale. Mais ici nous sommes encore en pleine évolution, et le rôle de l'arbitrage dans la formation de juridictions régulières, ne se dégage encore qu'imparfaitement; cependant nos études historiques nous aideront à comprendre comment pourrait se présenter le développement judiciaire ultérieur.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DE L'ARBITRAGE

CHAPITRE PREMIER

L'ARBITRAGE

DANS LES

SOCIÉTÉS PRIMITIVES

I. — DANS L'ANTIQUITÉ

Les légendes mythologiques, les poèmes homériques et les auteurs de l'antiquité nous offrent de nombreux exemples de procédure arbitrale. Ce que nous savons par ailleurs des anciennes coutumes germaniques ou celtiques concorde avec le tableau que nous offrent, à l'époque contemporaine, les peuples qui en sont encore aujourd'hui à un stade peu évolué.

Ces notions permettent de nous faire une idée générale de la place importante tenue par l'arbitrage à l'origine de l'évolution juridique et de son rôle dans cette évolution.

En Grèce

En Grèce « les arbitrages sont les premières manifestations d'une juridiction rudimentaire » (1).

Dans l'état social décrit par Homère, on ne rencontre ni

(1) GLOTZ, *Solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris 1904, p. 121.

règles obligatoires au sens moderne, ni juges proprement dits, mais seulement des arbitres choisis par les partis, ordinairement parmi les anciens de la tribu, tels les vieillards dont il est question dans la scène représentée par le bouclier d'Achile (1).

A l'intérieur du clan, l'autorité patriarcale s'exerce souveraine. Lorsque des conflits s'élevaient entre des membres de familles différentes, la règle était primitivement la vengeance de famille à famille. Mais souvent une transaction et une composition intervenaient ; la composition était fixée par l'usage. L'une des plus importantes fonctions des autorités étaient de servir de conciliateurs et d'arbitres dans ces conflits.

Les premiers arbitrages portèrent non pas sur la culpabilité, qui se trouvait tranchée par la composition intervenue, mais sur la question subsidiaire du règlement de la composition (2).

La seule force de la sentence arbitrale réside alors dans le consentement bénévole des deux parties.

Peu à peu, les mœurs et le développement de l'état de société abolirent le recours à la vengeance privée. Des arbitres présidèrent aux transactions habituelles. Ces arbitres dirigent la procédure, proposent une transaction, et c'est seulement quand ces efforts restent sans résultats que l'arbitre prononce une sentence accompagnée d'un serment. Le caractère religieux de la sentence rendue transforme ces compositeurs amiables en juges dont la sentence est sans appel (3).

Ce rôle de médiateurs des hommes investis du pouvoir judiciaire se retrouve à un certain degré de civilisation. C'est ainsi qu'Hésiode (4), au VI^e siècle avant J.-C., parle de rois rendant la justice qui remplissent bien plutôt le rôle de médiateurs que celui de juges, s'efforçant de concilier les partis adverses par la persuasion.

Peu à peu, le recours aux arbitres, de facultatif qu'il était, devint obligatoire par sa fréquence même ; de l'arbitrage obligatoire à la juridiction l'évolution est ensuite rapide (5).

(1) ILIADE, XVIII, 457.

(2) GLOTZ, id., p. 134.

(3) GLOTZ, id., p. 141.

(4) HESIODE, *Opera et dies*, 38, 202, etc.

(5) VINOGRADOFF, *Principes historiques du Droit*, Payot, 1924, p. 350, 351.

En Irlande

En Irlande, l'arbitrage est anciennement d'un usage général (1); le duel conventionnel employé alors en Irlande appartient à la procédure primitive des temps où le demandeur n'ayant pas le droit de contraindre le défendeur à paraître devant un juge, le défendeur avait l'alternative ou d'accepter un arbitrage, ou d'exiger le recours aux armes (2).

Puis les arbitres les plus habituels, les « filé », constituèrent une sorte de corporation judiciaire; seuls ils jugeaient, prononçaient des sentences; leurs décisions, surtout celles des plus illustres d'entre eux, étaient conservées et formaient presque toute la coutume (3).

En Gaule

César nous rapporte que dans les Gaules l'autorité judiciaire était presque tout entière aux mains des druides; ceux-ci prononçaient des peines établies par la loi, et les particuliers étaient obligés de s'y conformer.

Les druides rendaient la justice; mais en réalité leur juridiction décrite par César semble avoir revêtu plutôt un caractère arbitral, au moins à l'origine. En effet, nul ne pouvait contraindre son adversaire à prendre le chemin de la forêt du pays des Carnutes pour y soumettre leurs contestations aux druides.

Dans la pratique, bien que la juridiction druidique fut volontaire et que chacun fut libre soit de ne pas l'accepter, soit de ne pas exécuter leur sentence, celle-ci était toujours observée. En effet, les druides, investis de l'autorité religieuse, pouvaient prononcer, contre celui qui méprisait leurs décisions l'inter-

(1) MAINE, *Ancien Droit*, p. 51, Letourneau, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, Paris, 1891, p. 421.

(2) D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Le duel conventionnel en droit irlandais et chez les Celtibériens*; *Nouvelle Revue Historique*, 1889, p. 732.

(3) DECLAREUIL, *La Justice dans les coutumes primitives*, dans *Nouvelle Revue Historique*, 1889, p. 367.

diction des sacrifices; c'était là un châtiment redoutable de nature à vaincre toutes les résistances.

Mais le tribunal druidique n'avait qu'une session annuelle, probablement assez courte; on ne s'y rendait vraisemblablement que dans les circonstances graves et lorsque les deux partis étaient d'accord pour y recourir. »

La solution des procès devait habituellement être demandée à des arbitres locaux, druides ou autres notables. Il est probable aussi que la vengeance privée subsistait encore dans bien des cas, à l'époque de César. D'autre part, le chef de clan, maître chez lui, jugeait habituellement ses hommes (1).

Chez les Germains

On a beaucoup discuté au sujet de l'organisation judiciaire des tribus germaniques (2). Il nous importe peu ici de savoir si la justice est habituellement rendue en Germanie par l'assemblée populaire ou par le princeps entouré d'hommes tirés au sort, et de connaître quel était le rôle de ces assesseurs. Il apparaît bien que dès l'époque de César, il existait une véritable justice publique.

Mais nous savons que chez les Germains les affaires privées comme les affaires publiques se traitaient traditionnellement en armes (3); or, comme le dit Declareuil (4), la première exigence d'un tribunal investi d'un véritable pouvoir judiciaire eut été de désarmer les plaideurs; cette présence en armes des partis au procès était peut-être la preuve que les partis y res-

(1) CÉSAR, *De bel. Gal*, IV, 11.

D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Des attributions judiciaires de l'autorité politique chez les Celtes*, *Revue Celtique*, VIII, 1886, p. 2 et suivantes.

LEFORT, *Les Institutions et la Législation des Gaules*, Paris, 1843, p. 1 à 13.

GLASSON, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. I, p. 122, 123.

Revue Critique, 1887, Polémique entre Glasson et d'Arbois de Jubainville sur le rôle judiciaire des druides; et DECLAREUIL, *Nouvelle Revue Historique*, 1889, p. 367.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *De l'organisation judiciaire dans le royaume des Francs*, dans *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 361 et suivantes.

GLASSON, t. 3, p. 276, et t. 2, p. 76.

(3) Tacite *Germ.*, p. 13.

Lex Sal., 46.

(4) DECLAREUIL, p. 380.

taient maîtres de leur décision et pouvaient toujours transformer le procès en bataille; plus sûrement cette présence en armes trahissait l'origine facultative de la justice.

Pour Fustel de Coulanges, le *fredum* germanique aurait été à l'origine le prix du dérangement des arbitres (1).

La procédure était donc sinon encore arbitrale, au temps de Tacite, du moins d'origine arbitrale. Nous verrons plus loin qu'elle gardera longtemps des traces de ces origines, puisque sous le régime de la loi salique, les sentences rendues dans le *mallus*, n'emporteroient encore aucune exécution forcée (2).

Chez les Mèdes et les Hébreux

Hérodote (3) nous conte la légende de ce Déjoces à qui les Mèdes soumettaient leurs difficultés; la justice de ses sentences lui aurait mérité d'être le fondateur de la monarchie Mède.

Par ailleurs, nous voyons les Béni Israël (4) demandant la solution de leurs litiges à Elie qui, pendant quarante ans, rendit des sentences; plus tard à Samuel; avant eux Débora, sous un palmier, attendait les plaideurs et prononçait sur les litiges que de toutes parts on venait lui soumettre.

**

L'arbitrage apparaît ainsi d'une façon générale à l'origine des sociétés antiques pour adoucir les rigueurs de la vengeance privée. Un tiers s'interposait entre les parties prêtes à se battre et leur montrait l'intérêt qu'elles auraient à rechercher une transaction pacifique; parfois, d'eux-mêmes, les parties remettaient le soin de trancher leurs litiges à un homme en qui ils avaient confiance. Peu à peu, il devint impossible de se faire justice à soi-même; et si l'on voulait obtenir satisfaction, on devait nécessairement recourir à un tiers.

(1) FUSTEL, *L'Organisation judiciaire*; *Revue des Deux-Mondes*, T. XCII, p. 279.

(2) *Lex Salica*.

(3) HÉRODOTE, I, 96 seq. — MASPERO, *Histoire ancienne des Peuples de l'Orient*, p. 495.

(4) I. SAMUEL, IX.

L'arbitre n'était souvent à l'origine qu'un médiateur n'ayant pas l'autorité nécessaire pour faire accepter toujours par les parties sa décision; mais généralement, soit par le serment qu'il faisait prêter aux parties, soit par les gages qu'il les invitait à déposer, l'arbitre parvenait, appuyé par le désir général d'ordre et de paix, à les contraindre au respect de sa sentence.

Dans chaque tribu ou canton, des savants, des vieillards ou des prêtres, réputés par leur expérience, ou investis d'une autorité sacrée, remplissaient habituellement les fonctions de pacificateurs.

Certes, nos connaissances sur les peuples antiques sont trop fragmentaires, et l'histoire de leurs institutions est trop diverse pour que l'on puisse aujourd'hui espérer dégager d'une façon certaine et générale les étapes de l'évolution de la justice dans ces sociétés primitives.

Il semble que peu à peu, par le choix habituel des mêmes hommes et par le caractère religieux de la sentence, le médiateur soit devenu un véritable juge. La coutume transforma le recours volontaire en recours nécessaire, la décision facultative en sentence obligatoire. Le développement de la puissance publique et de la vie sociale entraîna le contrôle et la réglementation par l'Etat des coutumes arbitrales; puis l'Etat s'attribua le pouvoir judiciaire. Par une lente évolution, la médiation est devenue par l'Etat des coutumes arbitrales; puis l'Etat s'attribua le pouvoir judiciaire.

Par une lente évolution, la médiation est devenue arbitrage; l'arbitrage privé s'est transformé en une institution publique; enfin l'arbitrage est devenu la justice publique.

II. — A L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

Les récits rapportés de nos jours par les explorateurs sur les mœurs des peuplades peu évoluées confirment ce que nous savons du rôle de l'arbitrage dans les sociétés antiques.

C'est ainsi qu'en Abyssinie (1), à la fin du ^{xix}^e siècle, le prince, les seigneurs, ne sont guère que des arbitres autorisant ou donnant le droit de vengeance ou le talion; quand deux abyssins avaient une contestation, ils pouvaient encore choisir un arbitre quelconque dont la décision avait une valeur légale, à moins que l'une des parties n'en appela à la justice du Gouverneur; ici, nous sommes à mi-chemin entre l'arbitrage privé et volontaire et l'arbitrage obligatoire et public.

Chez les Kalybes (2), les parties ont la liberté de s'en remettre, en cas de contestation, à la décision d'arbitres choisis par eux; sinon, la djémaa, c'est-à-dire l'ensemble des individus ayant atteint la majorité, juge l'affaire soit directement, soit indirectement par délégués; il semble que nous sommes ici en présence d'un peuple à un stade déjà un peu plus évolué, les parties ont le choix entre l'arbitrage et la juridiction officielle.

En Tunisie, on trouvait aussi un curieux vestige des traditions arbitrales dans le caractère de la sentence. Il ne suffit pas en effet de dire aux plaideurs la sentence, il faut qu'ils en reconnaissent la justice; le cadi doit la discuter avec eux, la modifier au besoin, jusqu'à ce qu'elle soit acceptée de chacun. Mais un des adversaires refuse-t-il tout accord, on le met en prison, lui ou l'avocat qui le représente, aussi longtemps que dure son obstination (3).

Nous savons qu'autrefois aux Indes on s'en remettait souvent

(1) V. DECLAREUIL, COMBES et TAMISSIER, *Voyage en Abyssinie*, III, p. 357 et 358. — LETOURNEAU, p. 148 et 149.

(2) LETOURNEAU, p. 287; HANOTEAU et LETOURNEUX, *Kabylie*, Paris, 1872, III, p. 102.

(3) *Les députs d'un Protectorat; La France en Tunisie*, Revue des Deux Mondes, 15 avril 1887.

à la décision d'un arbitre librement choisi par les parties; la littérature populaire hindoue parle fréquemment de ces arbitrages; mais il existait par ailleurs une justice régulière (1).

Chez les Ossètes

Les renseignements les plus précieux sur les coutumes primitives nous sont fournis par l'étude des tribus caucasiennes, et plus particulièrement des Ossètes (2). Chez les Ossètes, les contestations sont jugées par des arbitres librement choisis par les parties, mais l'arbitrage est purement volontaire. On n'est point obligé d'accepter l'arbitrage et l'on peut toujours se faire justice à soi-même. De même la sentence des arbitres ne reçoit point son exécution d'une force coercitive; les parties sont, en principe, libres de la rejeter et de retourner au libre jeu de la vengeance privée. Mais pour en assurer l'efficacité, au moins relative, les arbitres exigent des parties soient le paiement immédiat du prix du sang, soit des cautions, soit un serment. Nous assistons ainsi chez les Ossètes au jeu de l'arbitrage purement volontaire et privé, mais qui tend à devenir obligatoire par les procédés habituellement employés par les arbitres à cette fin.

Le moyen le plus usité semble être fourni par le cautionnement. Les cautions désignées par les partis avant le prononcé du jugement, prennent l'engagement d'amener les récalcitrants à sa stricte observation. L'infamie attend la caution au cas d'inexécution de l'obligation contractée par elle, c'est-à-dire toutes les fois que le jugement n'est pas exécuté par la partie condamnée. Cette infamie a pour conséquence la cessation de toutes relations avec elle.

Ainsi le jugement des arbitres, d'après le droit des Ossètes, n'emporte pas par lui-même la sanction de son exécution; il la reçoit de l'extérieur, par l'institution de cautions judiciaires,

(1) LETOURNEAU, p. 311; Abbé DUBOIS, *Paitcha Zantia*, Paris, 1872.

(2) LETOURNEAU, p. 403 et 404.

DARESTE, *Eléments d'Histoire du Droit*; DECLAREUIL, p. 34.

KOVALEVSKI, *Coutumes contemporaines et Lois primitives*, cité par Esmein, *Nouvelle Revue Historique*, 1887, p. 547; et traduction, Paris, 1893.

fournies dans chaque cas par les parties, sur les instances du tribunal.

*
**

Sans nous arrêter davantage à cet aperçu nécessairement fragmentaire du rôle de l'arbitrage dans les diverses sociétés qui en sont encore aux formes primitives de leur civilisation et de l'organisation judiciaire, nous nous attacherons d'une façon plus approfondie à l'étude de l'arbitrage dans le droit romain. Cet examen permettra de dégager avec plus de précision le rôle tenu par l'arbitrage dans l'évolution juridique d'un peuple.

CHAPITRE II

LE RÔLE DE L'ARBITRAGE

DANS LES

INSTITUTIONS JUDICIAIRES DE ROME

I

L'histoire du droit romain nous offre l'un des exemples les plus frappants du rôle de l'arbitrage dans la formation des institutions juridictionnelles.

En effet, toute la procédure ordinaire romaine n'est encore, du moins dans ses formes extérieures, qu'une procédure arbitrale. Ce caractère arbitral de l'instance primitive ne peut s'expliquer que par la survivance de coutumes antérieures.

La procédure primitive des Romains (1), en usage à l'époque royale ne nous reporte pas aux origines les plus anciennes. Tout au contraire, elle suppose déjà accomplie une longue évolution. Il est vraisemblable que chez tous les peuples l'organisation judiciaire a traversé des phases analogues; or Rome, aux premiers temps de son histoire, a dépassé déjà les étapes les plus archaïques.

(1) COLLINET, *La Nature originelle de la litiscontestatio*; *Nouvelle Revue Historique*, 1902, p. 529 et suivantes.

Dans la société romaine des premiers siècles, l'Etat connaît des litiges entre particuliers ou entre groupes de familles. Nous savons que toute une évolution est généralement nécessaire pour que l'Etat prenne conscience de son rôle judiciaire et pour que ses jugements soient acceptés par les parties ayant une contestation à faire trancher. Nous pouvons donc logiquement supposer que les Italiottes ont connu avant Romulus les temps de la vengeance et de la justice privée, puis ceux de l'arbitrage volontaire imposé peu à peu par la coutume.

Simple hypothèse, dira-t-on, car nous ne connaissons rien de l'organisation judiciaire dans les années qui précèdent la fondation de Rome. Sans doute, mais si nous démontrons que la procédure primitive romaine ne peut s'expliquer que par la survivance des pratiques et des principes de l'arbitrage, et qu'elle est bien plutôt, du moins à ses origines, une procédure arbitrale qu'une procédure judiciaire, nous aurons le droit d'affirmer que l'arbitrage est au début de tout le développement judiciaire romain.

Nous essaierons cette démonstration en expliquant comment la procédure *in-jure* n'est que le premier acte d'une procédure arbitrale; les parties se mettent d'accord sur l'objet du litige, sur le choix du juge qui en connaîtra, et promettent à l'avance de se conformer à sa décision; la *litis-contestatio* qui termine cette phase préliminaire de l'instance est exactement le compromis qui donnera sa valeur à la décision du juge-arbitre; celui-ci ne rend pas sa sentence au nom d'un pouvoir supérieur, mais toute son autorité est fondée sur la confiance préalable des parties s'en remettant entre ses mains du jugement de leur contestation.

Nous retrouvons tous les éléments essentiels de l'arbitrage : liberté des parties d'y recourir ou non, libre choix du juge, sentence non exécutoire par elle-même.

Sans doute ce caractère arbitral s'est rapidement altéré; et les formes primitives ont été respectées lors même qu'elles ne répondaient plus à la réalité. Cette transformation progressive nous permettra d'apercevoir comment s'est opéré le passage de l'arbitrage à la justice officielle; nous verrons aussi que bientôt ces principes sur lesquels se fonde toute la théorie contractuelle du règlement des litiges tomberont en désuétude; mais leur force est telle qu'on aura longtemps soin d'en conserver

les apparences alors que le développement juridique oblige à chercher, par des procédés indirects, la création d'une justice obligée et d'un caractère public.

**

La procédure primitive de Rome nous fait ainsi assister au passage de la justice privée ou arbitrale à la justice officielle. Tandis que le système des compositions marque nettement la transition de la vengeance privée à la justice légale pour la répression des crimes et des délits, le système des *legis-actiones* et celui subséquent de la procédure formulaire nous montre comment s'est opéré le passage de l'arbitrage à la juridiction.

De même encore que le droit romain primitif nous offre des traces nombreuses de la vengeance privée, ainsi lorsque la loi des Douze Tables livre à la victime le voleur pris en flagrant délit, de même l'organisation judiciaire conserve longtemps certaines formes qui se rattachent à une époque antérieure où l'arbitrage volontaire et privé existaient seuls.

Les institutions judiciaires de la Rome primitive se présentent ainsi comme les survivances des pratiques coutumières antérieures. La procédure ordinaire romaine à la physionomie singulière et étrange pour qui l'étudie avec les notions modernes touchant l'organisation judiciaire, s'explique tout naturellement en la rattachant à ses antécédents.

En réalité, les actions de la loi répètent les procédures que la coutume avait imposé à l'arbitrage. « Pour qui l'envisage comme une procédure arbitrale, tous ces éléments se décomposent, se replacent dans leur milieu original et se comprennent facilement » (1); le roi et ensuite le *Judex* ou les tribunaux, remplissent bien plutôt des fonctions d'arbitres que des fonctions de juges véritables; la notion moderne de justice rendue au nom d'une autorité supérieure, s'imposant aux parties dès le moment où l'une d'elle décide d'y recourir pour le règlement d'un litige, ne triomphe définitivement à Rome que plus tardivement avec l'introduction de la procédure extraordinaire.

(1) COLLINET, *La Nature originelle de la litiscontestatio*, p. 531.

II

Le roi est-il investi de l'autorité judiciaire ?

Mais une objection préalable doit nous retenir quelque peu avant d'aborder notre démonstration. A l'époque royale, l'autorité judiciaire apparaît comme concentrée entre les mains du roi et lorsqu'ensuite les deux phases de l'instance seront confiées à des personnages distincts, n'y aura-t-il pas là une décomposition du pouvoir judiciaire préalablement exercé par le souverain ? Cicéron n'affirme-t-il pas qu'un particulier n'était jamais chargé, à l'époque royale, de statuer sur un procès, ni comme juge, ni comme arbitre, mais que le roi prononçait seul sur les différents soumis à la justice publique; il était à la fois magistrat et juge (1).

Dès lors, comment pourrait-on prétendre que l'origine de la procédure des *legis-actiones* se trouve dans les coutumes arbitrales alors que de si bonne heure le roi a jugé d'autorité tous les procès entre particuliers ?

Girard ne dit-il pas : « L'efficacité du jugement royal explique aussi la phase secondaire ou récente occupée dans la procédure romaine par cet arbitrage privé qui a constitué ailleurs une phase si importante et dont on s'est plus d'une fois étonné de ne pas trouver plus de traces dans l'ancien droit romain; c'est un chaînon dont les Romains n'ont pas eu besoin, grâce à l'expérience qui a mis chez eux, de si bonne heure, la justice officielle » (2).

Sans doute, les Romains ne connaissaient pas l'arbitrage privé; mais c'est que cette institution est antérieure à la fondation de Rome. En effet, si la justice officielle est tout imprégnée d'un caractère arbitral, on ne peut expliquer cette antinomie — car il y a antinomie entre arbitrage, c'est-à-dire justice consentie et à base contractuelle et juridiction, c'est-à-dire justice imposée à base autoritaire — sans une survivance des formes antérieures de l'arbitrage.

(1) CICÉRON, *De Rep.*, V, § 3.

(2) GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, t. I, p. 43, Paris, 1901.

Le roi connaît certes des contestations entre particuliers, mais il semble bien que son rôle était davantage celui d'un arbitre que celui d'un juge (1).

En effet, la procédure *in sacramentum* nous prouve d'une façon indubitable que le roi n'est pas saisi automatiquement de par son autorité supérieure, de par son pouvoir judiciaire, des contestations entre les particuliers; pour déférer le procès devant le roi, les parties font un double serment qui oblige le roi, chef religieux en même temps que chef civil, à rechercher celui qui a raison afin de savoir qui doit la peine du parjure; si le roi était déjà chef de la justice civile, on n'aurait pas besoin d'avoir recours à ce subterfuge pour le saisir du procès.

Le *sacramentum* a sans doute commencé par être introduit devant les pontifes. Le rôle du sacerdoce dans le développement du droit et de l'organisation judiciaire aux origines des sociétés se retrouve à peu près dans l'histoire de tous les peuples. L'influence des pontifes apparaît considérable à Rome tant sur le droit que sur toute la procédure civile. Dans beaucoup de cas, les parties ne pouvaient faire mieux que de choisir un pontife comme arbitre; le *sacramentum* constituait le prix du service rendu, on indemnisait les dieux pour le temps que le pontife arrachait à leur service au profit des parties en litige; pour plus de sûreté, il devait être déposé par les deux parties, avant le commencement du procès. De cette origine, le *sacramentum* a gardé son caractère religieux (2).

Les pontifes exerçant habituellement les fonctions d'arbitres établissent peu à peu des principes et des formes de procédure. Parmi les *monumenta pontificum* figurent les *légisactiones*. Les écrivains et les jurisconsultes de l'ancienne Rome ont toujours considéré le droit pontifical comme la source de leur droit civil (3). Sans doute le caractère sacré des pontifes était pour beaucoup dans l'autorité qu'ils conservèrent long-

(1) DECLAREUIL, *La Justice dans les Coutumes primitives*, dans *Nouvelle Revue Historique*, 1889, p. 218.

(2) YEHING, *L'Esprit du Droit Romain*, trad., Paris, 1886, t. I, p. 299.

GIRARD, id., p. 44.

(3) CICERON, *De lég.*, II, § 19.

TITE-LIVE, IX, 46 ; XXII, 5, 7 ; L, 2, § 6.

DIG., *De Orig. juris*.

VALÈRE MAXIME, II, § 2.

DECLAREUIL, p. 217.

temps à Rome sur le développement du droit; mais il est permis de croire que la mission d'arbitres qu'ils avaient longtemps remplie contribua singulièrement à leur donner compétence judiciaire; la plus ancienne procédure romaine, le *sacramentum*, était leur œuvre; vraisemblablement, elle ne représentait que les formes coutumières peu à peu dégagées dans l'accomplissement de leurs fonctions arbitrales.

Et lorsque le roi, investi de l'autorité religieuse et civique s'imposa comme arbitre par excellence, tout naturellement les parties qui voulaient provoquer son intervention, usaient des procédés en usage antérieurement pour saisir les pontifes de leurs contestations. Comme dit Girard (1) : « C'est un expédient inventé par l'ingéniosité privée pour forcer le roi, chef civil et religieux, à statuer sur les litiges privés, sous couleur de délits religieux. A la vérité, il ne pouvait intervenir d'abord que quand les deux parties étaient d'accord pour y recourir; mais l'emploi en devint forcé du jour où celui qui refusait de concourir à la liaison du procès fut tenu pour confessus. »

Par ailleurs, la sentence du roi n'est pas exécutoire; c'est à la partie gagnante d'en poursuivre ensuite l'exécution par ses propres moyens. Si le roi avait été investi d'un véritable pouvoir judiciaire, il n'aurait pas souffert que ses décisions puissent être discutées par la partie perdante.

En réalité, l'intervention du roi apparaît bien plutôt comme celle d'un arbitre plus recherché, plus autorisé qu'un particulier que comme celle d'un juge investi de l'autorité publique.

III

Le caractère arbitral de la procédure in-jure :

Le concours des volontés

Toute la procédure in jure n'a pour but que de réaliser le concours de volonté nécessaire pour la liaison du procès. En effet, une contestation entre deux particuliers est chose

(1) GIRARD, p. 1002, note 4, *in-fine*, dans *Manuel de Droit Romain*, édit. 1918.

d'intérêt purement privé, le magistrat ne peut s'y immiscer sans y être invité par les deux parties. Le magistrat, loin de remplir en quelque façon un rôle de juge, ne fait que donner par son concours, une sorte d'authenticité aux actes des parties; le rôle du magistrat est celui d'un assistant, d'un témoin officiel, sinon purement passif, au moins à peu près mécanique. « Ce serait presque exagéré de dire qu'il organise l'instance » (1).

Aussi n'y a-t-il pas de procédure par défaut possible (2).

L'instance ne peut s'engager que par le concours des deux parties; c'est au demandeur à obtenir la coopération du défendeur. Le magistrat ne peut faire amener devant lui le défendeur par ses appariteurs, par ses agents; et même lorsque on a reconnu la lutte corps à corps des Douze Tables trop aléatoire, trop grossière, le magistrat n'a pas mis au service du demandeur la force publique. Il n'avait pour cela qu'à lui délivrer une action. A l'époque des Douze Tables, par l'in jus vocatio, celui qui veut intenter un procès à quelqu'un s'arrange pour le trouver hors de chez lui et le somme de le suivre devant le magistrat; s'il résiste, le demandeur prend les assistants à témoins, puis il le saisit, il l'entraîne de force en cas de résistance à moins qu'il ne fournisse un garant (vindex).

Sans doute, on a inventé des voies de procédure indirectes pour contraindre le défendeur au procès. Ainsi, dans le sacramentum, celui qui refusait de concourir à la liaison du procès était tenu pour confessus; il avait donc intérêt à courir le risque du procès. Contre le confessus ou contre celui qui ne se défend pas « uti oportet », la procédure d'exécution poursuit son cours, procédure qui n'est que la cristallisation des formes imposées par la coutume à la vengeance privée.

Il en est de même dans la procédure formulaire. La première chose à faire pour celui qui veut intenter une action est toujours de faire comparaître son adversaire devant le magistrat; l'in jus vocatio est seulement perfectionné par une action prétorienne en paiement d'une amende et par la missio in possessionem.

Le concours de volontés reste aussi nécessaire dans la pro-

(1) GIRARD, dans *Manuel*, p. 991.

(2) GAIUS, 4, 29 : « Praesenti adversario ».

cédure formulaire que dans les actions de la loi ; la délivrance de la formule suppose un accord de volonté obtenu au besoin par une pression, mais un accord de volontés en l'absence duquel le procès ne peut se lier.

Quand l'in jus vocatio est impossible parce que le défendeur est absent ou se cache, lorsque le défendeur empêche l'organisation de l'instance en refusant son concours, le magistrat ne peut donner raison au demandeur dont le bon droit lui apparaît évident, car « dans l'ordo judiciorum privatorum il ne peut y avoir de jugement que contre celui qui a concouru à la délivrance de la formule » (1).

Il faut donc que les parties s'entendent pour déterminer l'objet du litige et pour demander au magistrat un juge. Là réside la profonde différence entre la procédure primitive et la procédure de l'époque classique ; l'Etat ne s'impose pas pour trancher le différend qui s'élève entre citoyens (2).

Et c'est bien là le caractère essentiel d'une procédure arbitrale ; les parties doivent se mettre d'accord pour porter leurs différends devant un juge ; sinon c'est la force brutale peu à peu il est vrai limitée, contrôlée, par les formes coutumières, qui tranchera la contestation ; la vengeance privée aura libre cours.

Mais peu à peu, sous les formes persistantes de la procédure arbitrale, le magistrat est arrivé à contraindre pratiquement le défendeur à lier l'instance ; son concours est nécessaire, certes, mais il est obligé. La liberté des parties n'est plus qu'apparente ; dans la réalité, il y a déjà justice obligée.

La nomination du juge

Le caractère arbitral de la procédure in jure apparaît aussi dans la nomination du juge. Dans tout arbitrage en effet, l'autorité de la sentence étant fondée sur la volonté contractuelle des parties, il ne saurait y avoir de juge qu'agréé par elles.

Or, au temps des actions de la loi, le juge est librement choisi

(1) GIRARD, dans *Manuel*, p. 1085.

(2) CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, t. I, p. 406.

par les parties si elles sont d'accord. Dans le cas contraire, le juge est pris sur une liste dont la composition a changé avec les modifications politiques; mais même alors cette nomination est faite par le choix des parties à l'aide des propositions du demandeur au défendeur, propositions qui continuent jusqu'à ce que ce dernier en accepte une autre. Le demandeur *procat judicem*, dit Festus, *fert judicem*, dit Cicéron; et le défendeur l'accepte, *sumit judicem*, ou le rejette : *judicem ejerat*, en jurant qu'il n'en attend pas une bonne justice.

Peut-être l'affaire pouvait-elle être déféré à des *recuperatores* qui sont des juges multiples tirés au sort en assez grand nombre par les magistrats et ramenés à un chiffre inférieur par les récusations des deux parties (1).

Dans tous les cas, que le juge soit désigné par les parties ou proposé à leur agrément, les parties doivent l'accepter formellement.

Il en est encore sensiblement de même à l'époque formulaire. Les juges peuvent être librement choisis au gré des parties, pourvu qu'ils remplissent certaines conditions de capacité; en cas de non entente des parties, ils sont tirés au sort sur une liste officielle (*Album judicum*). Le tirage au sort tend à remplacer le libre choix des parties, mais le concours des parties reste toujours nécessaire : l'action ne pourra pas être délivrée si le défendeur refuse son concours.

Mais dans la réalité, la constitution des listes officielles, le tirage au sort ont transformé la physionomie du juge qui n'est plus un particulier choisi par les parties, mais bien déjà un officier public nommé dans la formule par le magistrat.

La litis contestatio

Le caractère arbitral de la procédure primitive apparaît plus évident encore dans l'examen de la litis contestatio.

La litis contestatio qui a lieu au moment où le défendeur accepte du demandeur la formule déjà rédigée par le magistrat est l'expression dernière du concours de volontés nécessaire pour la liaison du procès. La litis contestatio qui, d'après son

(1) GIRARD, p. 993 et 994 ; et 993, note 1, dans *Manuel*.

nom, est une prise à témoin, est désigné par les textes comme le moment où la *lis* est *inchoata*, où le *judicium* est *acceptum* (1). Festus, qui est seul à donner la définition de la *litis contestatio*, omet de dire sur quoi les prêteurs prennent les assistants à témoin; c'est que les écrivains de l'Empire ignorent certainement son origine. Ce que nous savons de la nature de la *litis contestatio* rapproché de ce que nous avons dit de la procédure *in jure* nous permet de compléter cette définition. Ce contrat qui terminait la procédure *in jure* et allait permettre au procès de s'engager, était conclu devant le prêteur en présence de témoins; la forme de la sentence judiciaire que prononcera le juge agréé par les parties sur le litige qu'elles lui soumettent d'un commun accord, découlera de cette convention des parties.

Aussi peut-on définir la *litis contestatio* comme le fait Collinet (2) : L'engagement pris par les parties devant témoins de respecter l'arbitrage.

Sans doute la *litis contestatio* a perdu peu à peu sa raison d'être, à mesure que la civilisation progressait; il n'en reste pas moins que sa nature originelle permet seule de comprendre parfaitement la *litis contestatio*, son caractère novatoire et ses effets en droits classiques tels que nous les présentent les *jurisconsultes romains* (3).

La *litis contestatio* emporte novation, elle fait naître, pour le demandeur, un droit nouveau, celui d'obtenir un jugement favorable, et pour le défendeur l'obligation d'accepter une condamnation éventuelle « *Condemnari oportere* ». L'obligation contestée du défendeur se trouve éteinte, de même le droit correspondant du demandeur. Cette novation s'explique facilement à l'aide des notions du compromis d'arbitrage; les parties acceptent d'avance la sentence du juge.

Le compromis fixe les éléments du litige sur lequel l'arbitre sera appelé à prononcer sa sentence; c'est pourquoi la *litis contestatio* détermine les éléments personnels et réels du procès tel qu'il est consigné dans les termes de la formule; c'est au moment de la *litis contestatio* qu'ils se placera pour chercher ses éléments d'appréciation.

Le compromis remet à l'arbitre la solution du litige et les

(1) GIRARD, dans *Manuel*, p. 1027.

(2) COLLINET, *id.*, p. 555.

(3) COLLINET, *id.*, p. 542 et suivantes.

parties s'interdisent, par là même, de contester sa décision et de rouvrir le débat; aussi la *litis contestatio* éteint le droit du demandeur et rend impossible tout nouveau procès.

Mais les effets qui restent attachés à la *litis contestatio* jusqu'à la fin de la procédure formulaire dérivent plutôt dans la réalité de la formule rédigée par le magistrat et fixant la tâche du juge que de l'accord des parties qui n'est qu'une adhésion quasi-obligatoire à la formule. Ainsi encore derrière les formes arbitrales, survivance du passé, s'élaborent les règles d'une procédure proprement judiciaire dans laquelle le magistrat délègue au juge investi de sa confiance le droit de statuer sur une contestation.

La Sentence

La même origine arbitrale se dégage du caractère de la sentence. Celle-ci n'est pas exécutoire par elle-même; ce qui est en contradiction formelle avec l'exigence d'une justice rendue au nom de l'autorité publique. Le juge rendait sa *sententia*, exprimant son avis sur la question qui lui était soumise; là finissait sa tâche, c'était au demandeur à en poursuivre ensuite l'exécution; c'est qu'en effet la force exécutoire de la sentence ne dérivait pas de l'autorité des pouvoirs publics, mais bien du consentement préalable des parties.

C'est pourquoi les tribus qui pouvaient opposer leur veto au magistrat chargé de l'administration de la justice n'avaient pas la liberté d'en user contre le juge; celui-ci n'était pas un officier public, mais un arbitre accepté par les parties.

Ainsi la sentence du juge était d'abord une simple opinion, une explication plutôt qu'un ordre ou une défense à la partie perdante; ce caractère apparaît nettement dans la procédure la plus ancienne, la *legis actio sacramentum*; le juge prononce la sentence en déclarant que le *sacramentum* de la partie qui, à ses yeux, a raison, est *justum*. La sentence judiciaire étant prononcée, les parties sont libres d'en tirer les conclusions et de s'accorder sur la *litis aestimatio*, ou l'évaluation de l'objet promis. La *legis actio* peut s'appliquer d'ailleurs à des espèces où l'on ne conçoit ni exécution ni condamnation; ainsi Valère Maxime nous relate la *sponsio*, à laquelle donna lieu une dis-

cussion entre un consul et un prêteur sur le point de savoir lequel des deux avait mérité les honneurs du triomphe à la suite d'une victoire navale (1).

Le juge du droit ancien ne donne à la partie perdante aucun ordre au nom de l'Etat, il ne tient en effet son pouvoir que du mandat des parties; il donne simplement son avis sur les contestations que des particuliers lui soumettent. Ce n'est pas lui qui agit, mais le demandeur, avant l'instance pour obliger le défendeur à accepter l'arbitrage, après l'instance pour réaliser son droit; le juge moderne, au contraire, agit, le demandeur porte plainte et s'en remet à la justice. C'est que, dans les premiers temps de Rome, le juge n'est encore qu'un arbitre, il ne tient pas son pouvoir du caractère public de son office, mais de la volonté des parties.

Peu à peu, l'intervention du pouvoir public transforme cet arbitre en juge et assure l'exécution forcée et normale de la sentence. D'autre part, à côté des formes anciennes du jugement, s'en présente une autre plus récente dans la procédure des *legis actiones*, la *condemnatio*; ici le juge condamne le défendeur et il fait lui-même, en même temps, la *litis estimatio*, ou l'évaluation de l'objet promis, et cela dans toutes les actions qui ont un objet évaluable en argent.

Toutefois, les survivances des origines arbitrales subsistent encore dans la sentence aux derniers temps de la procédure formulaire. Quand le juge a statué, le magistrat ne peut pas exécuter purement et simplement sa décision en enlevant à la partie perdante, pour le remettre au gagnant, l'objet du litige; il ne peut pas user des moyens ordinaires de contrainte administrative (*multis et pignoribus*) pour obtenir l'exécution forcée. Le demandeur procédera lui-même à l'exécution; il le pourra par l'*actio judicati*, en demandant que le demandeur le paie, s'il ne veut le suivre dans sa prison domestique; ou bien par la procédure de *venditio bonorum* il pourra demander que le défendeur qui ne paie pas ni ne conteste régulièrement sa demande, soit remplacé par le *bonorum emptor* qui fera l'un ou l'autre.

Il a fallu trouver ce détour pour respecter le caractère traditionnel de la sentence; mais par ces voies indirectes, la sentence

(1) Valère-Maxime LIBER, II, c. 8, § 2.

est bien devenue exécutoire; le défendeur ne peut se soustraire à la condamnation.

*
**

Cet examen rapide de la procédure in jure, de la nomination des juges, de la *litis contestatio* et du caractère de la sentence qui met fin à l'instance, nous permet de conclure que la procédure ordinaire romaine est le vestige d'un temps où les règlements des conflits étaient contractuels et non pas judiciaires. « Aux yeux des Romains, l'Etat et le droit reposent sur un contrat » (1), de même c'est la décision contractuelle des litiges qui fournit les premiers germes de l'organisation des pouvoirs judiciaires; cette décision contractuelle est la base de l'instance arbitrale.

Lorsque la coutume eut imposé certaines conditions à l'exercice pur et simple de la vengeance privée et à la réalisation par l'intéressé de son droit contre un débiteur, celui dont le droit était contesté par son adversaire lui proposait de s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers impartial. Il pouvait aussi lui déférer le serment, ce qui, pratiquement, en cas de double serment contradictoire, aboutissait également à l'arbitrage; l'autorité religieuse était alors plus spécialement qualifiée et c'était sans doute le procédé habituel d'imposer son intervention. La décision qui intervenait avait pour fondement le consentement réciproque; cet accord préalable, devant témoins en termes solennels consacrés par la coutume, ne pouvait être contesté. Il autorisait le demandeur gagnant à réaliser son droit ou à exercer la justice privée. Si l'adversaire déclinait la proposition d'arbitrage, il avouait par là-même son tort, et la justice privée, dans les formes coutumières, cristallisées ensuite par la *legis actio per manus injectionem*, avait son libre cours.

Cette origine arbitrale de la procédure romaine ordinaire explique l'importance du concours des parties à la liaison de l'instance, à la nomination du juge; concours des parties qui se résume dans la *litis contestatio*, véritable compromis d'arbitrage sur laquelle se fondera l'autorité de la sentence à intervenir (2).

(1) *Cuj.*, p. 737.

(2) *IHERING*, t. I, p. 130 à 175.

Sans doute il n'y a plus là, du moins à la fin de la procédure formulaire, qu'une survivance de formes archaïques qui ne répondent plus à la réalité des choses. Malgré les apparences, le défendeur ne peut plus pratiquement se refuser à concourir au procès; les juges, par la constitution des listes officielles et le tirage au sort, ne sont plus simples particuliers, mais bien investis par la nomination du magistrat d'un véritable caractère officiel public; le débiteur condamné ne peut échapper à l'exécution de la sentence. L'évolution juridique et les interventions du prêteur ont peu à peu conduit de l'arbitrage à la justice publique, de même que l'arbitrage avait, par une lente évolution, conduit de la vengeance privée à la juridiction, du règne de la force brutale au règne du droit. L'introduction de la procédure extraordinaire devrait consacrer définitivement la notion moderne du pouvoir judiciaire aux mains de l'autorité publique.

Il ne nous intéresse pas ici de savoir si derrière les formes archaïques il y a encore arbitrage à telle ou telle époque. Il nous suffit de constater que la longue persistance des formes arbitrales nous démontre que l'arbitrage est à l'origine de tout le développement judiciaire romain; son rôle éminent fut de permettre de passer par une lente évolution de la vengeance privée à la justice publique; cette évolution se marque par la substitution de l'arbitrage obligatoire à l'arbitrage volontaire et de l'arbitrage public à l'arbitrage privé.

IV

Les actions de bonne foi

Pour certains auteurs, l'arbitrage aurait joué en droit romain un rôle spécial lors de l'introduction des actions de bonne foi dans la procédure formulaire. Il ne nous appartient pas ici d'entrer dans les discussions particulièrement difficiles auxquelles ont donné lieu les différentes théories sur l'origine des contrats consensuels et des actions de bonne foi; remarquons seulement que les conclusions auxquelles nous a conduit notre

analyse de la procédure arbitrale sont un argument en faveur de l'origine arbitrale des actions de bonne foi comme de toutes les actions dans le droit ancien.

Il est certain que les actions auxquelles donnent lieu les contrats consensuels présentent des caractères très spéciaux. Ces caractères s'expliquent-ils par un abandon pour les nouvelles actions des limites rigoureuses imposées à l'action du juge, et cela seulement par une évolution normale du formalisme archaïque vers une procédure plus souple ? Ou bien par la transformation en actions judiciaires de coutumes arbitrales elles-mêmes dégagées des procédures extra-judiciaires qui accompagnent l'arbitrage au siècle antérieur ?

La théorie qui donne pour origine aux actions de bonne foi l'arbitrage privé offre assez de vraisemblance et de crédit pour que nous puissions l'admettre dans les lignes qui suivent et en déduire les conséquences logiques qui intéressent cette étude; nous le pouvons à condition qu'il soit entendu que ce n'est là qu'une hypothèse à la vérité vraisemblable et séduisante, mais qui reste sujet à discussion.

Dans cette hypothèse, les actions de bonne foi seraient d'origine arbitrale (1). A côté des actes juridiques, il y aurait eu dans la Rome des premiers siècles, quantité d'actes reposant sur la confiance; ce sont les actes fiduciaires, sanctionnés par le censeur; le blâme du censeur entraînait une flétrissure qui n'était pas sans conséquence pratique (selon les cas exclusion du Sénat ou de l'ordre équestre, transfert d'une tribu rustique dans une tribu urbaine ou perte du droit de vote).

Le jugement des contestations soulevées par l'exécution des actes fiduciaires n'était pas de la compétence des tribunaux de la cité, mais en cas de doute sur la façon dont un particulier devait accomplir son devoir, la question était soumise à un arbitre; comme il était naturel pour un acte ne reposant que sur la confiance réciproque et sur l'usage, l'arbitre appréciait en équité, sans être lié par les termes solennels d'une formule.

Le contrôle exercé par les censeurs sur les actes de la vie sociale avait sans doute eu pour effet de dégager un ensemble de règles de conduite basées sur l'usage, qui servit ensuite à fonder la sentence des arbitrages (2).

(1) Cuj., I, p. 385, 488, 663 et suivantes.

(2) Cuj., I, p. 663 à 667 et p. 601.

La vente consentuelle en particulier aurait été longtemps sanctionnée par la coutume avant de l'être par une action. L'usage de l'arbitrage en matière de vente serait attesté dès le milieu du vi^e siècle par divers textes. Celsus rapporte une décision en ce sens de S. Aelius; Cicéron cite une décision arbitrale rendue au profit d'un vendeur par Caton l'Ancien. Il en aurait été de même en matière de louage et de mandat : spécialement l'existence de l'*arbitrium ex locato conducto* au temps de Caton paraît être établi au moins pour le louage d'ouvrage (1).

Cette origine arbitrale des actions de bonne foi expliquerait plusieurs de leurs caractères, notamment la plus grande liberté d'appréciation laissée aux juges et le caractère infamant de la condamnation prononcée.

Mais comment se serait opéré ce passage de l'*arbitrium* au *judicium* ? Cette transformation se serait faite en passant par l'*arbitrium honorarium*; ces *arbitria honoraria* sont déjà en quelque sorte des *judicia*, et c'est pourquoi à l'époque de Cicéron on discute la distinction du juge et de l'arbitre; c'est pourquoi aussi les textes de ce temps, parlant des arbitres, prêtent souvent à confusion. Dans ces *arbitria honoraria*, le prêteur donnait à l'arbitre les pouvoirs du juge; mais l'arbitre n'en conservait pas moins son mode d'appréciation très différent de celui du juge. On comprend comment peu à peu ces *arbitria* seraient devenus de véritables *judicia* tout en conservant leur caractère particulier (2).

L'hypothèse de l'origine arbitrale de la plupart des actions de bonne foi nous paraît vraisemblable (3). Nous avons montré que toute la procédure romaine primitive avait conservé des formes de l'arbitrage. A l'origine de tout le développement du droit romain aux premiers temps de Rome, il faut donc poser les coutumes arbitrales. Il est peu probable que l'arbitrage privé ait disparu totalement un jour donné; mais au contraire, peu à peu, l'arbitrage privé et volontaire se serait fondu dans l'organisation judiciaire. Il est vraisemblable que, d'une part, l'arbitrage n'est devenu le *judicium* que par une transformation progressive et que, d'autre part, le domaine des *judicia* a

(1) Cujas, dans *Manuel*, I, p. 645 et suivantes.

(2) Cujas, I, p. 690 à 694.

GIRARD, dans *Manuel*, p. 1025.

(3) Voir aussi l'exemple de l'*Arbitrium rei uxoriae*, Cujas, I, p. 495.

absorbé peu à peu celui de l'arbitrium; il y a là deux évolutions parallèles et concordantes qui répondent bien aux caractères de la procédure romaine primitive tels que nous les avons indiqués; le moment précis de cette évolution où l'arbitrium est peut-être devenu un *judicium* ne peut être fixé avec certitude, mais cela nous importe peu ici (1).



Judex et Arbiter

Nous ne nous arrêterons pas à la distinction entre *judex* et *arbiter* qui, elle aussi, a suscité les théories les plus contradictoires. Lorsque dans un *judicium* le magistrat désigne un juge qui prend le nom d'*arbiter* avec des pouvoirs plus étendus, c'est que sans doute ce rôle confié au juge est calqué sur les pouvoirs donnés librement par les parties à l'arbitre dans les arbitrages privés.

Il en est sans doute de même dans les actions arbitraires; le juge est dit arbitre lorsqu'il a un pouvoir aussi large que celui conféré généralement par les parties à l'arbitre privé. Le différend devait être jugé par les procédés en usage dans l'arbitrage; mais pour donner au *jussus* de l'*arbiter* l'autorité qui lui fait défaut, le magistrat confère à l'arbitre les pouvoirs d'un juge; ce ne serait là qu'une survivance de l'*arbitrium honorarium*.

V

L'Arbitrage privé

Il est vraisemblable que l'arbitrage ne disparut jamais totalement à Rome. Le droit de recourir à des juges privés dut se perpétuer d'autant plus facilement qu'il était comme un sou-

(1) *CUG*, I, p. 740.

GIRARD, dans *Manuel*, p. 1038 et suivantes.

venir des anciennes formes judiciaires, lorsque, dans le dernier état de la procédure romaine, les magistrats impériaux eurent été substitués dans toutes les provinces à l'arbitrage du système formulaire.

Cet arbitrage privé ne faisait naître ni action, ni exception. Une action cependant naissait du compromis qui précédait la sentence, lorsqu'il avait le caractère d'un contrat reconnu, c'est-à-dire lorsqu'il prenait la forme d'une stipulation, en particulier d'une *stitutio pœnæ*; à défaut de peine prévue, cette stipulation était sanctionnée par une *condictio incerti*. Mais l'arbitrage en lui-même était essentiellement privé et volontaire.

Il faut supposer des parties ayant l'intention de vider leur procès sans s'assujettir aux formes de la procédure; pour cela, d'un commun accord, elles désignent un ou plusieurs arbitres (*recepti arbitrii*); puis elles se promettent réciproquement une peine pour le cas où elles contreviendraient à la décision arbitrale.

L'arbitre ainsi désigné a des pouvoirs beaucoup plus étendus que les juges établis par la loi ou nommés par le magistrat, car il n'est pas tenu de se conformer aux règles du droit. Sa sentence vaut toujours, pourvu qu'elle n'ait par été rendue par dol et qu'elle ne dépasse pas les termes du compromis (1).

On le voit, l'arbitrage reste privé, en ce sens que toute son autorité est toujours fondée sur la convention antérieure des parties; mais la loi ne l'ignore pas et le régleme dans une certaine mesure. C'est ainsi que certains sont incapables d'être arbitres; c'est ainsi que l'exercice de la demande d'arbitrage interrompt la prescription.

Sous Justinien, l'intervention légale s'accroît, et l'arbitrage prend le caractère d'une institution semie-publique. Précédemment déjà le prêteur avait sanctionné la convention par laquelle l'arbitre s'est engagé envers les parties à trancher leurs litiges; il déclare dans son édit qu'il le forcera à exécuter. Mais le prêteur ne donne pas pour cela aux parties une action contractuelle; il intervient seulement par des procédés d'ordre administratif (2).

Justinien rendit obligatoire pour les parties le compromis d'arbitrage en lui-même (en dehors de stipulations) dans deux

(1) ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, t. II, 4^e édit., p. 665, note 2.

(2) Cujas, I, p. 457 et suivantes.

cas, dont le second seul subsistera dans le droit des Nouvelles : quand la convention a été accompagnée d'un serment prêté par l'arbitre et par les parties, quand la sentence une fois rendue, les parties lui ont donné leur adhésion écrite ou ne l'ont pas attaquée dans le délai prévu (1).

Par ailleurs, le code Justinien réglemente étroitement l'arbitrage. C'est ainsi que le compromis suppose une contestation déjà née; l'obligation du juge est essentiellement personnelle et ne peut passer aux héritiers; de même le compromis est un acte essentiellement personnel : sauf clause contraire, il s'éteint par le décès de l'une des parties; le pouvoir qui était confié aux arbitres doit naturellement prendre fin aussitôt la sentence définitivement prononcée. L'objet du compromis lui-même est réglementé; on peut faire un compromis d'arbitrage en toute matière pourvu que la question ne relève pas de l'ordre public, de l'état des personnes ou n'ait pour objet une restitution en entier (2).

Mais même lorsque, sous Justinien, une action et une exception naquirent de la décision arbitrale, la sentence arbitrale ne se confond pas avec le jugement rendu par un juge officiel. Ce n'est pas l'*actio judicati* qui pouvait être exercé à la suite de l'action arbitrale, mais l'action *in factum* ou la *condictio ex lege* de l'*actio rem utilis*. En effet, la sentence n'est que le complément d'une convention privée; celle-ci, en droit romain, reste toujours par elle-même sans force exécutoire; la sentence arbitrale trouvera sa force dans le serment ou dans la ratification des parties.

Ainsi nous voyons l'arbitrage privé subsister aux côtés de la justice publique; mais peu à peu l'arbitrage privé est réglementé et devient une institution judiciaire, tout en conservant pourtant son aspect particulier.

(1) GIRARD, dans *Manuel*, p. 618 et suivantes; Code, 2, 55; De rec., 4; et Nouvelle, 82, c., 11.

(2) BONCENNE.

CUG, t. 2, p. 886 et suivantes.

DIGESTE, livre IV, titre VIII.

Code, livre II, titre LVI.

CHAPITRE III

L'ARBITRAGE DANS LA MONARCHIE FRANQUE

La nature et la composition des tribunaux à l'époque franque forment l'une de ces matières historiques sur lesquels aucune certitude ne s'est encore dégagée, malgré des recherches approfondies et des disputes restées célèbres (1).

Quel est le rôle des rachimbourgs qui figurent au mallus à l'époque mérovingienne, comment sont-ils nommés ? Ce sont là des questions sur lesquelles il n'est pas encore possible de se prononcer définitivement. Sans prétendre nullement apporter quelque élément nouveau à ces controverses, nous prendrons partie pour l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable :

(1) SAVIGNY, *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, Paris, 1839, t. I, p. 130 à 194.

PARDESSUS, *Loi Salique*, Paris, 1843.

SOHM, *Process der lex salica*, p. 150.

LAFFERRIÈRE, *Histoire du Droit Français*, t. III, p. 215 et suivantes.

FUSTEL DE COULANGES, *La Monarchie Franque*, p. 350 et suivantes.

BEAUCHET, *Histoire de l'Organisation Judiciaire*, Paris, 1886, p. 30 et suivantes.

BAUDOIN, *Nouvelle Revue Historique*, 1887, p. 625 et suivantes.

nous croyons que les rachimbourgs de l'époque de la loi salique sont des juges et non pas seulement des arbitres; ceci posé, nous nous essaierons à rechercher s'il subsiste dans cette juridiction des vestiges d'une procédure arbitrale.

Les Rachimbourgs sont-ils des arbitres ?

Il paraît établi qu'au mallus, les vrais et seuls juges, du moins à l'époque mérovingienne, sont les Rachimbourgs; le centenier et plus tard le comte, ne font que présider le tribunal sans prendre part à la sentence.

Mais ces rachimbourgs sont-ils des juges ou des arbitres ? Fustel de Coulanges a soutenu que les rachimbourgs de la loi salique n'étaient que de simples arbitres (1).

Pourtant il semble difficile aujourd'hui d'admettre pareille opinion (2). Les rachimbourgs paraissent bien être de véritables juges. En effet on peut considérer, croyons-nous, comme démontré à l'encontre de Fustel de Coulanges que les rachimbourgs jugent d'après la loi salique.

D'autre part, leur jugement apparaît comme obligatoire, et en pratique du moins (V. ci-dessous), susceptible d'exécution forcée (3).

Pourtant ces deux arguments ne sont pas absolument concluants; même si les rachimbourgs n'étaient que des arbitres, on pourrait concevoir qu'ils soient tenus de juger d'après la loi, et que l'autorité assure l'exécution des décisions rendues par un détour de procédure; nous avons vu ces conditions réalisées dans l'arbitrage au Bas-Empire.

Mais ce qui doit détruire toute hypothèse de juridiction arbitrale, c'est la présence du comte ou du centenier au mallus. Les rachimbourgs siègent et rendent leur sentence sous le contrôle du représentant du pouvoir public (4); c'est sa présence qui

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La Monarchie Franque*, Paris, 1886, p. 350 et suivantes; et *Reherches*, p. 423 et suivantes.

(2) ESMEIN, *Mélanges*, Paris, 1886, p. 360 et suivantes.

(3) GLASSON, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, Paris, t. III, p. 262.

(4) BEAUCHET, *Histoire de l'Organisation Judiciaire en France, époque Franque*, Paris, 1886, p. 606.

donne l'autorité à la procédure et au jugement. Et ceci nous apparaît comme étant inconciliable avec la notion d'arbitrage. Le mallus est un vrai tribunal, une justice officielle. Tout au plus peut-on dire, comme Kovalevski, et nous y souscrivons volontiers, que les rachimbours de la loi salique sont des arbitres judiciaires, « forme par laquelle commence d'ordinaire l'administration de la justice ». (1).

Mais ce caractère juridictionnel apparaît moins décisif lorsque les rachimbours jugent au criminel. Dans ces instances, en effet, ils ne prononcent pas une peine, mais une composition; c'est une transaction, un accord qu'ils concluent entre les parties, quoique la présence du centenier et du comte conserve toujours aux arbitres un rang de juges; on peut dire qu'ils agissent alors plutôt en arbitres, qu'en juges (2).

Les vestiges d'une procédure arbitrale

Mais les controverses auxquelles ont pu donner lieu les rachimbours, et leur rôle équivoque en matière criminelle, prouvent déjà que ces juges présentent certains caractères des arbitres. Lorsque nous aurons fait cette démonstration, nous serons en droit d'en conclure que ce sont là des vestiges d'une époque judiciaire révolue, où les parties recouraient à l'arbitrage.

Il y a en effet antinomie entre arbitrage et justice, la première étant fondée sur l'accord préalable des parties, la seconde sur l'autorité judiciaire des pouvoirs publics; et si nous retrouvons dans la justice de l'époque mérovingienne des formes de procédure dérivant du principe arbitral, celles-ci ne peuvent s'expliquer que par la survivance d'un système judiciaire différent.

Ce que nous avons dit des coutumes judiciaires germaniques confirmerait plutôt ces antécédents arbitraux, quoiqu'il ne soit guère possible d'établir de filiation précise entre les institutions germaniques et les institutions franques.

(1) KOVALEVSKI, *Coutumes contemporaines et Lois primitives*, traduction, Paris, 1893, p. 375.

(2) BEAUCHET, p. 490.

THONISSEN, *L'Organisation Judiciaire et le Droit pénal de la Loi salique*.

L'examen de ces survivances arbitrales dans la procédure de la loi salique nous permet seulement de confirmer par l'Histoire franque ce que nous savons du rôle général de l'institution arbitrale dans l'évolution judiciaire. Nous verrons aussi peu à peu la justice, en se développant, éliminer ces formes archaïques.

**

Les auteurs discutent encore pour savoir comment sont choisis les rachimbourgs à l'époque de la loi salique.

On sait que les rachimbourgs étaient des hommes libres, désignés pour juger une contestation déterminée, et que leurs pouvoirs cessaient avec le procès. Mais par qui étaient-ils choisis ?

Il semble bien que les textes de la loi salique s'opposent à une désignation des rachimbourgs par le *tunginus*, davantage encore à une désignation par le comte. On peut croire bien plutôt que les rachimbourgs étaient choisis dans chaque procès parmi les hommes libres présents, par les plaideurs eux-mêmes (1).

La majorité des auteurs admettent que tout au moins, soit le demandeur, soit le défendeur concoure avec l'autorité judiciaire, au choix des rachimbourgs (2).

En dehors des discussions de texte, l'argument le plus sérieux à l'appui de cette thèse, du choix par les deux parties, est emprunté aux instances criminelles (3). Lorsque, à l'époque mérovingienne, une action criminelle est intentée, non par la victime, mais par les fonctionnaires royaux, le comte juge seul ; la présence des rachimbourgs n'est plus ici nécessaire. C'est sans doute, dit-on, parce qu'elle n'est pas possible, puisque les rachimbourgs ne peuvent être choisis par les deux adversaires.

(1) GLASSON, t. III, p. 271.

(2) BEAUCHET, *Histoire de l'organisation judiciaire*, Paris, 1886, p. 34 et suiv. SOHM, *Process der lex salica*, p. 150.

SIEGEL, *Geschichte des deutschen gerichtswesens*, p. 107.

SAVIGNY, *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, Paris, 1839, t. I, p. 190 et 194.

PARDESSUS, *Loi Salique*, Paris, 1843.

LAFFERRIÈRE, *Histoire du Droit Français*, Paris, 1852, t. III, p. 215 et suivantes, p. 414 et suivantes.

(3) GLASSON, t. III, p. 296.

Nous pouvons légitimement déclarer que ce choix des juges par les parties, est une survivance des coutumes arbitrales.

A l'époque carolingienne, le comte apparaît comme le juge ordinaire; au-dessous du tribunal du comte sont placées les juridictions de centaine, où le virarius et le centenarius exercent les fonctions de juges (1). Il est probable que les rachimbourgs subsistent, mais leur rôle est considérablement et progressivement réduit par les pouvoirs judiciaires des fonctionnaires royaux. Les rachimbourgs continuent sans doute à être des hommes libres choisis pour chaque procès; on peut croire que les parties exercent encore une influence dans la désignation des rachimbourgs, mais peu à peu les fonctionnaires royaux jouent un rôle prépondérant dans ce choix (2).

Cette évolution s'achève le jour où Charlemagne, sans doute en 790, remplace les rachimbourgs par les scabins, simples fonctionnaires royaux.

Ainsi le développement de l'autorité judiciaire de l'Etat élimine peu à peu les caractères arbitraux qui subsistèrent longtemps en la personne des juges.



Mais c'est surtout l'étude de la procédure à l'époque mérovingienne qui nous permet de conclure à l'origine arbitrale de la juridiction franque (3).

L'antique procédure de la loi salique présente, en effet, des analogies singulières avec la procédure romaine primitive des legis actiones dont nous avons expliqué les formes archaïques par ses survivances arbitrales (4). Le caractère essentiel de la procédure de la loi salique comme celle des legis actiones, réside dans le rôle prépondérant des parties elles-mêmes, et dans l'effacement de la puissance publique; ce caractère apparente étrangement ces procédures à une procédure contractuelle et

(1) BEAUCHET, p. 121 et suivantes.

(2) BEAUDOIN, *La Participation des hommes libres au jugement*; *Nouvelle Revue Historique*, 1887, p. 625 et suivantes.

GLASSON, t. III, p. 274 et suivantes.

(3) GLASSON, t. III, p. 390 et suivantes.

(4) V. ci-dessus, p. 29 et suivantes.

arbitrale qui elle-même n'est qu'une réglementation coutumière de la justice privée.

On sait que dans la loi salique on peut distinguer deux sortes de procédures, l'une qui débute par des actes d'exécution, l'autre qui s'ouvre par un débat contradictoire. Dans la première, c'est la partie qui agit et le magistrat n'intervient que pour lui prêter son assistance. Dans la seconde, la procédure se présente davantage sous une forme judiciaire.

Lorsque l'action naît *ex re praestita vel ex fide facta*, elle débute par le « testare », c'est-à-dire la sommation faite par le créancier au débiteur devant trois témoins, d'acquitter ses obligations, par exemple de payer sa dette ou de rendre la chose prêtée. Si le débiteur s'incline devant la sommation, il faut s'entendre sur le mode de paiement. Il y aura arbitrage; les trois témoins du créancier vont devenir de véritables arbitres, si le débiteur les agréé. Mais celui-ci n'est pas obligé d'accepter comme arbitre les trois témoins du demandeur, il peut les récuser, et alors les arbitres seront choisis d'un accord commun. (*Lex Salica Titre L Ed. Merckel*). Dans ce cas, la loi salique nous fait assister à un vrai arbitrage; il est vrai que l'on peut dire qu'il y a plutôt expertise qu'arbitrage proprement dit.

Mais le défenseur peut aussi refuser de payer. Le demandeur obtiendra alors du comte ou du centenier un permis d'assigner ordonnant à son adversaire de comparaître tel jour devant le mallus (bannitio). L'ajournement se fait par le demandeur lui-même, accompagné de ses trois témoins.

La seconde procédure, celle suivie en cas de délit, est devenue ensuite la procédure générale et ordinaire. Elle présente un caractère moins archaïque et plus judiciaire; mais la partie privée y joue encore un rôle considérable. C'est le demandeur qui met l'inculpé en demeure de répondre, les rachimbourgs en demeure de juger, le comte en demeure de faire exécuter la sentence.

Sans doute, cette procédure ne nous permet pas de conclure directement, et avec certitude, comme nous avons pu le faire pour la procédure primitive romaine, à une origine arbitrale. Nous pouvons seulement dire qu'il y a là une réglementation par la loi de formes coutumières antérieures de la justice privée. C'est la partie qui se croit lésée qui poursuit la réclamation de son droit, et cette poursuite est entourée d'une série d'actes

solennels et sacramentels rigoureusement imposés aux plaideurs, comme dans toutes les législations primitives. Nous avons du moins ainsi la preuve de l'absence d'une autorité vraiment investie de pouvoirs judiciaires, et de l'origine individuelle et non pas sociale de la justice. Il est permis de conjecturer avec vraisemblance que le passage de la justice privée à la justice officielle a emprunté, chez les Francs, une forme arbitrale; les analogies relevées entre la procédure de la loi salique et la procédure de legis actiones sont en faveur de cette hypothèse.

**

Celle-ci se trouve renforcée par ce que nous savons de la répression des délits chez les Germains et dans les provinces romaines, lors de l'invasion des Barbares.

Tacite dit que chez les Germains les citoyens avaient le droit de se venger lorsqu'ils étaient victimes d'un délit. Et en effet la loi salique maintient le droit de vengeance tout en le réglant pour les cas les plus graves; pour les délits les moins importants il y a lieu à composition (1).

La composition est une transaction, un accord amiable dont la Constitution Impériale reconnaît le droit aux victimes, sauf quelques exceptions, et cela même en matière de crimes. Il semble bien que ces transactions se soient multipliées dans les époques de troubles qui précédèrent l'établissement des Barbares dans l'Empire, devant le peu d'autorité des pouvoirs publics. Souvent prêtres et évêques intervenaient pour concilier les partis au moyen d'une composition, un écrit constatait la transaction (2).

La généralisation du mode arbitral au bas-Empire romain, d'une part, les coutumes germaniques de l'autre peuvent servir à expliquer les procédures de la loi salique; elles apportent un argument à notre hypothèse d'une origine arbitrale.

Nous savons d'ailleurs qu'en matière criminelle, les rachibourgs de la loi salique continuent à juger en arbitres; la com-

(1) GLASSON, t. III, p. 523 et 530.

(2) GLASSON, t. III, p. 533. — ESMEIN, *Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire*, *Revue générale du Droit*, t. IX, p. 301 et suivantes. — FUSTEL DE C., *Recherches*, p. 470 et suivantes.

position est considérée comme une sorte de contrat volontaire (1). Or la juridiction criminelle et la juridiction civile ont vraisemblablement partout une même origine.

Tout nous porte ainsi à croire que l'organisation judiciaire de la loi salique est d'origine arbitrale.

**

Cette hypothèse est confirmée par le caractère non obligatoire de la justice au temps de la loi salique; c'est là d'ailleurs un principe purement formel et nous rencontrons ici encore une singulière analogie avec les règles des legis actioines.

D'après la loi salique, un accusé peut refuser de venir au mallus, comme il pourra ensuite refuser d'exécuter la décision prise par les rachimbourgs. Comment expliquer cette liberté laissée aux parties et aux condamnés ?

Ici encore nous n'entrerons pas dans des disputes qui ne sont point épuisées; nous prétendons seulement à la vraisemblance, mais celle-ci se trouve singulièrement renforcée, croyons-nous, par nos raisonnements précédents.

Les règles de la loi salique constituent sans doute une innovation et un certain progrès sur l'ancienne coutume germanique. Elles laissent subsister ce principe ancien que l'instance et le jugement non accepté par les parties ne s'opposent pas à elles, principe qui est une survivance des formes contractuelles et arbitrales (2).

Mais l'autorité publique s'efforcera de rendre vain ce principe par l'emploi et la menace de l'emprisonnement. Le principe et son palliatif, à la vérité singulièrement opérant, subsistent jusqu'à la fin de l'époque franque, au moins pour la sentence, sinon pour la liaison de l'instance.

Le capitulaire de 805 ch. 8 déclare que lorsque les plaideurs ne veulent ni acquiescer au jugement des scabins, ni l'accuser de « fausseté », on observera l'ancienne coutume, c'est-à-dire

(1) GLASSON, t. III, p. 537.

(2) ESMEIN, *La chose jugée dans le Droit de la Monarchie Franque*, 1887.

FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des Institutions politiques de la France, la Monarchie Franque*, p. 349.

GLASSON, t. III, p. 448.

qu'ils sont emprisonnés ou gardés jusqu'à ce qu'ils fassent l'un ou l'autre. On n'ose pas encore répudier l'ancien principe, et se passer de l'adhésion des plaideurs à la sentence, mais on sent cependant déjà qu'elle ne doit pas pouvoir arrêter le cours de la justice; on est alors naturellement conduit à employer la force publique pour arracher un acquiescement au condamné récalcitrant par des moyens de contrainte indirecte (1).

Une page de Grégoire de Tour (2) parle de cet acquiescement indispensable des parties : « *judicatum est ut se inson-tem redderet sacramento : sed his non acquiescantibus...* » De même les capitulaires montrent plusieurs fois des plaideurs qui s'accordent ou au contraire ne veulent pas s'accorder sur la décision du juge (3).

Le jugement accepté de gré ou de force est sans doute celui que les textes appellent « *finitiva* » ou « *definitiva sententia* » (4) parce que lui seul met définitivement fin au litige : « *recte non finitur, minime definitum est* » (5).

Il est bien évident que depuis longtemps cette liberté d'accepter ou de ne pas accepter la sentence est purement formelle, et la faculté laissée au condamné de ne pas acquiescer au jugement entièrement illusoire.

Mais c'est là une survivance de formes archaïques d'un caractère contractuel, et une confirmation de la vraisemblance d'une origine arbitrale.

Existe-t-il un arbitre privé ?

Il est certain que le recours à des arbitres privés ne fut jamais prohibé, du moins pour les cas ne présentant pas un caractère grave. Mais aucun texte nous permet d'affirmer la persistance de pareils usages.

(1) ESMEIN, N. R. H., 1887, *La chose jugée dans le Droit de la Monarchie franque*, p. 545 et suivantes.

(2) Cette acquiescement ne se confond pas avec « la promesse d'exécuter » le jugement, dont l'existence est généralement admise par les germanistes, et qui découle sans doute de la même origine.

(3) Grégoire DE TOURS, *Hist. Franc*, VII, 23.

(4) *Capitulare Saxonicum*, 797, c. 9 (éd. BORET, p. 71). — *Pippini regis capitulare*, 754 et 755, c. 7. — *Lex Alamannorum*, XLI, 3.

(5) DE ROZIÈRES, *Recueil des Formulaires*, n° 10 à 13.

DE ROZIÈRES, 435 et 438.

Le développement par l'accord des deux parties des recours aux juridictions ecclésiastiques (1) ne nous fournit aucun éclaircissement; car les tribunaux d'Eglise jouissaient de la reconnaissance du pouvoir civil.

Nous ne possédons que le capitulaire accordé par Louis le Débonnaire, en 815, à des Espagnols réfugiés dans le Midi de la France; il décida que pour les affaires criminelles et pour les affaires civiles les plus importantes, ils seront soumis à la juridiction du comte; quant aux *causae minores*, ils pourront les confier, suivant leur ancienne coutume (*more suo*), à l'arbitrage de leurs concitoyens. S'agit-il d'un privilège spécial accordé à ces étrangers, ou d'une coutume générale? On ne saurait le dire (2).

(1) V. ci-dessous.

(2) BEAUCHET, p. 480 et suivantes.

LEHUERON, *Histoire des Institutions carolingiennes*, Paris, 1843, p. 239.

CHAPITRE IV

LE ROLE DE L'ARBITRAGE DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA JURIDICTION ECCLÉSIASTIQUE

I. — A l'époque romaine

On sait que l'Eglise, outre ses pouvoirs en matière disciplinaire et spirituelle, exerça longtemps une véritable juridiction temporelle consacrée par la coutume et la législation. Or, l'origine de cette juridiction est arbitrale. Nous avons là un nouvel exemple du rôle de la procédure arbitrale dans la formation d'une juridiction.

En effet, les arbitrages ecclésiastiques du Bas-Empire romain furent le principe de la juridiction temporelle que l'Eglise exerça plus tard (1).

Les premiers chrétiens avaient pris l'habitude de soumettre leurs différends à des arbitres de leur choix, pris parmi leurs cooréliionnaires; par ce moyen, ils évitaient le recours à la justice de l'Etat césarien. Saint Paul recommande aux chrétiens de fuir la justice romaine; s'il naît des différends entre

(1) BEAUCHET, *Origines de la Juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au 12^e siècle*, *Nouvelle Revue Historique*, 1883, p. 400.

eux, il leur conseille de les soumettre à leurs évêques (1). Cette pratique était devenue générale; Saint Augustin, par exemple, dit qu'il était ordinairement occupé « *litibus dirimendis* » (2).

Il ne s'agissait que d'arbitrages privés, soumis pour devenir exécutoires aux règles ordinaires.

La situation se transforme avec Constantin; les tribunaux ecclésiastiques sont reconnus par les pouvoirs publics. Les arbitrages des évêques changèrent de caractère; ils furent réglementés et sanctionnés par les constitutions impériales. Mais y a-t-il déjà véritable juridiction ou encore arbitrage? C'est là une question controversée; on discute pour savoir si cet arbitrage des évêques était forcé ou purement consultatif pour les plaideurs.

La Constitution de 318 défend au juge laïc de connaître d'une affaire portée devant l'évêque par un accord des deux parties; la sentence rendue sera exécutée comme un jugement public par les voies légales. Quelques années plus tard, la Constitution de 331 décida que la juridiction épiscopale serait compétente dès que l'une des parties la saisisrait, même contre le gré de l'autre partie. Mais cette Constitution dont l'authenticité fut d'ailleurs contestée, ne tarda pas à être abrogée (3). Des lois d'Arcadius décident que la juridiction des évêques n'existe qu'à titre d'arbitrage volontaire; mais la sentence rendue reste exécutoire (4).

La juridiction reste donc arbitrale, au moins jusqu'à Justinien; mais les évêques sont devenus des arbitres privilégiés, dont la sentence était exécutoire au même titre que des jugements proprement dits.

Les textes prouvent qu'en cette qualité et par leur autorité religieuse, leur juridiction fut très recherchée et prit une large extension (5).

(1) S^t PAUL, *Epître aux Corinthiens*, VI, p. 1 et suivantes.

(2) *Sur le Psalm.*, 119.

(3) C. Th., LI, LXXVII, 41.

(4) L. 7, C., I. 4.

(5) ESMEIN, *Cours Elémentaires d'Histoire du Droit français*, 15^e éd., p. 148 et suivantes

GLASSON, t. I, p. 522 et suivantes.

SALEILLES, *L'Organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, dans *Mélanges*, GIRARD, t. 2, p. 469; et M^r DUCHESNE, *Histoire ancienne de l'Eglise*, t. I, p. 384, Paris, 1906.

FLEURY, 7^e *Discours sur l'Histoire Ecclésiastique*.

II. — A l'époque franque

Lorsque les Barbares envahirent les Gaules, ils y trouvèrent établi le système romain de l'arbitrage ecclésiastique, tel que l'avaient organisé les Constitutions du Code théodosien et la Novelle de Valentinien III (1); cet usage est établi nettement par l'insertion de ces textes dans le bréviaire d'Alaric.

Pendant toute l'époque franque, l'Eglise s'efforce d'obtenir pour ses tribunaux une compétence obligatoire pour tous les procès entre clercs, ou entre clercs et laïques. Plusieurs conciles interdisent à toute personne, même aux laïques, de citer un clerc devant les tribunaux séculiers sans la permission de l'évêque. D'arbitre privilégié, l'évêque cherche ainsi à devenir un véritable juge (2).

Cette juridiction s'étendit d'abord exclusivement aux clercs, auxquels l'Eglise interdisait depuis longtemps de se présenter devant les tribunaux laïques (3). Un capitulaire de 755 sanctionne cette interdiction et reconnaît ainsi officiellement la compétence obligatoire du tribunal ecclésiastique (4).

On peut discuter pour savoir à quelle date fut reconnu officiellement le privilège de clergie transformant l'arbitrage en justice publique. Nous n'avons pas ici à prendre partie dans ces controverses, notamment dans celles soulevées par le diplôme de Clovis III de 692. Il semble bien que l'édit de Clotaire II, de 614, rendu sur la proposition du Concile de Paris, reconnut déjà de véritables juridictions ecclésiastiques. Celles-ci sont d'ailleurs sans doute antérieures en matière criminelle pour les évêques.

Il est possible qu'auparavant, suivant la théorie de Sohm (5), l'obligation des clercs de se présenter devant le tribunal ecclésiastique ait déjà été sanctionnée par la loi civile, mais simplement pour y procéder à une tentative de conciliation ou d'arbitrage; la décision de l'évêque n'aurait eu alors que le caractère

(1) BEAUCHET, p. 427.

(2) ESMEIN, p. 158.

(3) FLACH, *Les Origines de l'ancienne France*, Paris, 1886, t. I, p. 290 et suiv.

(4) BEAUCHET, p. 440.

(5) STOHR, *Kirchenrecht*, Leipzig, 1892.

d'un avis sans aucune force exécutoire. Si l'une des parties se refusait à y obtempérer, il fallait alors se rendre devant le tribunal de droit commun, seul compétent pour prononcer un jugement véritable.

Cette hypothèse vraisemblable indiquerait avec précision comment s'est opéré le passage de l'arbitrage purement volontaire à l'arbitrage obligatoire et à la juridiction.

Pour les procès entre clercs et laïques, d'après Sohm, il y aurait obligation d'une procédure préalable devant le tribunal ecclésiastique, procédure à fin d'arbitrage. C'est peut-être ainsi que le partage d'attribution s'opérait primitivement. Il y eut ensuite constitution d'un tribunal mixte, lorsque la juridiction de l'évêque sur les clercs eut été reconnue; l'évêque et son clergé siégeaient à côté du comte et de ses assesseurs (1).

Pour les procès entre laïques, il est certain que sous les mérovingiens et jusqu'à Charlemagne, les tribunaux ecclésiastiques ne sont compétents que si les deux parties sont d'accord pour leur soumettre le différend. La compétence de l'évêque, en principe du moins, demeure purement facultative; si l'on s'adresse à lui, et la discipline de l'Eglise y oblige pratiquement, c'est suivant une procédure à principe arbitral (2).

On a prétendu parfois que Charlemagne avait changé cet état de chose et établi au profit des évêques une compétence obligatoire, sur la volonté unilatérale de l'une des parties. Il semble bien que le texte (constitution de 731), sur lequel on a fondé cette hypothèse, soit apocryphe. Cette extension de la juridiction ecclésiastique aurait d'ailleurs été de courte durée, puisque le grand capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 789, et celui de Louis Le Bègue, de 867, déclarent nécessaire le *communis consensus* des parties pour donner compétence au juge ecclésiastique (3).

Cette juridiction arbitrale de l'Eglise fut vraisemblablement toujours très recherchée. A l'époque mérovingienne, elle n'apparaît pourtant pas souvent dans les textes; on en trouve pourtant des traces certaines (4). Les recours arbitraux allèrent sans doute en se multipliant.

(1) ESMEIN, p. 161.

(2) GLASSON, p. 666, t. III.

(3) BEAUCHET, p. 663.

(4) ESMEIN, p. 160

Grégoire DE TOURS, *Vitæ Patrum*, VIII, 3^e éd., Krush, p. 633.

Les tribunaux ecclésiastiques pouvaient être librement choisis par les parties laïques qui voulaient faire trancher par eux leurs litiges. Il semble bien que l'extension constante de la juridiction arbitrale de l'Eglise ait été favorisée par le pouvoir royal; d'autre part les plaideurs devaient naturellement préférer les tribunaux ecclésiastiques aux justices séculières, tant à cause de leur composition qu'à cause des garanties offertes par la procédure qui y était suivie (1).

Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'arbitrage privé. L'autorité civile en connaît; dans certains cas même on pouvait en appeler de la sentence à l'Empereur; celui-ci exerce sa souveraineté en donnant pour sanction aux arrêts ecclésiastiques la force exécutoire.

III. — A l'époque féodale

A l'époque féodale, l'Eglise étendit la compétence obligatoire de ses tribunaux *rationae materiae*. La juridiction ecclésiastique atteignit son apogée au xii^e siècle.

Mais parallèlement à l'extension de sa compétence *rationae materiae*, la juridiction ecclésiastique continua à se développer au moyen-âge par le moyen du recours arbitral.

Non seulement en effet, en maintes circonstances, les particuliers sont tenus de subir la juridiction ecclésiastique; mais souvent ils la recherchent et s'y soumettent de plein gré.

Dans beaucoup de cas, et des plus importants, on reconnaissait à la juridiction ecclésiastique une compétence concurrente; ainsi, en matière testamentaire, la coutume permettait toujours de saisir le tribunal ecclésiastique, en raison des legs dont l'Eglise faisait une obligation aux fidèles (2). Il en était de même pour certains délits commis par les laïques, notamment pour le délit d'usure et le délit d'adultère. Dans ces cas, les parties pouvaient recourir, soit à la justice régulière, soit aux tribunaux ecclésiastiques.

En matière de contrats, quel qu'en soit l'objet, l'ancienne tradition qui permettait aux parties de saisir d'un commun

(1) GLASSON, t. III, p. 674.

(2) BEAUMANOIR, éd. Beugnot, XI, 10, 11. — ESMEIN, p. 284.

accord la juridiction ecclésiastique subsiste pendant tout le moyen-âge (1).

On peut dire qu'à la fin du XIII^e siècle, la coutume de porter devant le juge d'Eglise les actions intentées par des laïques est devenue générale en France (2).

C'est souvent dès avant l'ouverture du litige, que les parties se soumettent éventuellement à la compétence des tribunaux ecclésiastiques. Ils prennent l'habitude de contracter devant l'ordinaire ecclésiastique; aussi la lettre scellée de l'official, est-elle, au moyen-âge, le mode le plus fréquemment employé pour constater une obligation. Les parties ne manquent jamais alors d'insérer dans l'acte une clause par laquelle elles confient au juge d'Eglise la mission de faire exécuter la convention, et se soumettent d'avance à sa juridiction (3). Cette clause de soumission à la justice d'Eglise était particulièrement fréquente dans le Centre et dans le Nord de la France (4).

Le serment promissoire servit encore à étendre par la volonté des parties la juridiction ecclésiastique. Le serment promissoire véritable contrat formaliste, donnait au demandeur éventuel une action devant la juridiction ecclésiastique. Ce serment avait souvent pour seul but de soustraire un laïque à la compétence des juridictions séculières (5).

Sous le pontificat d'Alexandre III surtout la justice d'Eglise mieux organisée, moins arbitraire, plus humaine que la justice laïque, assure largement le recours à la justice ecclésiastique par une procédure arbitrale qui se généralise de plus en plus (6).

Les prélats qui parlaient au nom de l'Eglise à l'Assemblée de Vincennes en 1329 pouvaient affirmer que les officialités n'avaient dans les matières temporelles compétence sur les laïques que grâce à la faveur populaire et par le libre choix des justiciables (7).

(1) BEAUMANOIR, XI, 32. — ESMEIN, *Mélanges*, p. 259.

(2) FOURNIER, *Les Conflits de juridiction entre l'Eglise et le Pouvoir séculier*, Paris, 1880, p. 3.

(3) FOURNIER, p. 45, et DURAND DE MAILLANE, *Les libertés de l'Eglise Gallicane*, Lyon, 1771, t. III, p. 486.

(4) GLASSON, t. 5, p. 250.

(5) ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, *Nouvelle Revue Historique*, 1888, p. 248.

(6) FOURNIER, p. 5.

(7) *Consuetudo videtur introducta magis ex voluntate et electione populi recurrentis ad iudicium ecclesiasticum potius quam ad iudicium seculare. Libellus domini Bertrandi*, dans DURAND DE MAILLANE, *Les libertés de l'Eglise Gallicane*, t. III,

Ainsi par le libre choix des parties, la juridiction ecclésiastique avait pris au moyen-âge une extraordinaire extension.

*
**

Mais la justice ecclésiastique, même dans le domaine de sa compétence obligatoire, conserve toujours trace de son origine arbitrale.

Comme sous la période franque, la justice de l'Eglise ne peut assurer elle-même l'exécution de ses sentences que par les moyens spirituels, tels que l'excommunication. L'excommunication, en cette période de foi, était d'ailleurs un moyen de contrainte puissant et redouté; et les papes, plus tard les rois, durent en limiter l'abus.

Pour les voies d'exécution temporelles, l'Eglise doit s'adresser à la justice laïque. Sans doute elle avait demandé et obtenu du pouvoir civil des mesures destinées à amener les excommuniés à exécuter (1); c'est ainsi que d'après les Etablissements de Saint Louis, l'excommunié, après un délai d'un an, peut, à la réquisition de l'évêque, être contraint par corps et saisi (2).

Mais cette procédure d'exécution n'est pas seulement une formalité. Pour les voies d'exécution temporelle, la justice d'Eglise doit s'adresser à la justice laïque; celle-ci peut la lui accorder, mais elle n'y est pas obligée « car la justice laïque n'est pas tenue d'obéir au commandement de la justice spirituelle » (3).

Cette survivance arbitrale fera la faiblesse des juridictions ecclésiastiques lorsque les tribunaux séculiers présenteront les mêmes garanties de composition et de procédure; et c'est en refusant d'assurer la sanction des sentences ecclésiastiques que les tribunaux laïques trouveront l'un des moyens les plus efficaces de combattre les empiètements de la justice ecclésiastique (4).

p. 470, et 486 : *Et hoc est pro communi utilitate, quia multi magis eligunt vinculum Ecclesiæ quam vinculum temporale, et ante dimitterent contractus facere, sine quibus vivere non possunt quam se supponerent curiæ temporali.* — Voir aussi Olivier MARTIN, *L'Assemblée de Vincennes*, Paris, 1900. — P. FOURNIER, *Les officialités au moyen-âge*, Paris, 1880.

(1) GLASSON, t. 5, p. 261.

(2) *Etablissements de S^t Louis*, livre I, ch. 127.

(3) BEAUMANOIR, ch. 11, n° 12, t. 1, p. 162, édit. BEUGNOT.

(4) FLEURY, *Institution du droit ecclésiastique*, Paris, 1767, nouv. édition.

CHAPITRE V

LE RÔLE DE L'ARBITRAGE A L'ÉPOQUE FÉODALE DANS LE DROIT INTERNE

I. — LE CARACTÈRE ARBITRAL DE LA JUSTICE FÉODALE

A la fin de l'époque franque, le développement de la juridiction des immunistes est déjà un premier démembrement de la justice royale. Il est probable d'ailleurs que l'arbitrage a joué son rôle dans ce développement (1) : il pouvait se trouver sur un domaine des hommes libres ; en cas de conflit entre les hommes du propriétaire foncier et les habitants libres de ses domaines, on recourait sans doute à l'arbitrage du propriétaire.

Mais on sait que le caractère territorial de la justice qui avait paru un moment devoir prévaloir, perdit de son importance du x^e au xi^e siècles. La juridiction, au lieu de s'incorporer de plus en plus à la terre, s'en sépare de plus en plus et devient une justice personnelle (2).

(1) FLACH, *Les Origines de l'ancienne France*, Paris, 1886, t. I, p. 93.

(2) Id., p. 219.

Il y avait, dans la société féodale, deux sortes de justice : la féodale et la seigneuriale. La première dérivait à l'origine d'une convention, la seconde était un démembrement de la justice publique. La première était destinée à disparaître lorsque le droit romain eut reconstitué la notion véritable du droit de justice; on ne put admettre que celui-ci pouvait dériver de conventions entre les particuliers (1).

**

Nous savons que ce caractère conventionnel est le propre d'une juridiction arbitrale. Nous le trouvons dans la justice féodale, qui dérivait non pas d'une concession du pouvoir central, mais de conventions entre les particuliers.

Tout le régime féodal, d'ailleurs, n'est-il pas à base contractuelle ? Une série de contrats qui vont du contrat de fief jusqu'au servage, assuraient l'obéissance et les services d'une part, la protection et les concessions de l'autre (2).

**

Nous ne devons pas nous étonner de retrouver ce caractère arbitral dans la procédure féodale.

Dans la procédure primitive de l'époque féodale, les parties avaient pleine liberté sous la tutelle du joute (3). Celui-ci ou ceux-ci ne font pas, en réalité, office de juge, mais règlent seulement la procédure, déterminent les preuves à fournir, ordonnent le serment, le combat judiciaire ou quelque autre ordalie (4). La procédure n'est qu'un débat entre deux particuliers et les parties pouvaient s'entendre pour faire la paix et se réconcilier. Comme dans l'arbitrage primitif qui n'est que la réglementation de la justice privée, le juge veillait surtout à l'observation des formes légales ; quant à la solution des litiges, elle dépendait en majeure partie de l'habileté et de la puissance des personnes en présence.

(1) ESMEIN, p. 404.

(2) ESMEIN, p. 412.

(3) FLACH, t. I, p. 131 et suivantes.

(4) FLACH, p. 239.

Le juge ne pouvait pas ordonner une preuve sans le consentement des parties. C'étaient les parties qui dans leurs demandes choisissaient les preuves et limitaient le droit du juge (1).

D'ailleurs, nul jugement n'était définitif. Il fallait, pour qu'il le devint, qu'il eut été accepté par les parties; jusqu'à l'acquiescement ou le désistement (*finis, diffinitio*), le débat pouvait toujours être rouvert. L'acquiescement exigé déjà à l'époque franque devient de plus en plus nécessaire à mesure que les pouvoirs publics se désorganisent.

C'est ainsi que des trois diplômes de Robert I que nous possédons sur le procès de la Vicairie d'Antony, deux se réfèrent à la *diffinitio*, c'est-à-dire à la renonciation expresse. C'est pour l'obtenir qu'après la mort de Garin, et encore que le procès ait été perdu par lui, il fallut une reprise d'instance qui aboutit à l'acquiescement de la veuve de Garin (2).

Ce caractère arbitral de l'ancienne procédure dite féodale commençait à s'atténuer sous le règne de Saint Louis.

(1) GLASSON, t. 6, p. 461; et BEAUMANOIR, éd. BEUGNOT, ch. 67, n° 29, t. II, p. 471.

(2) FLACH, t. III, p. 377.

II. - L'ARBITRAGE A L'ÉPOQUE FÉODALE

I

L'arbitrage royal

Lorsque le roi, dans le morcellement de l'autorité qui est la caractéristique du régime féodal, n'eut plus conservé que quelques rares vestiges de son pouvoir judiciaire, il s'efforça de se faire accepter comme arbitre, en particulier pour les litiges qui divisaient les grands du royaume.

Mais pour s'imposer comme pacificateur, les premiers Capétiens ne disposaient que d'une autorité trop faible. « Eudes, nous rapporte Richeri, n'eut que rarement le pouvoir, au milieu des luttes armées, d'arranger les différends » (1).

Nous avons un exemple caractéristique de ces arbitrages, transmis par les chroniques du temps. Louis d'Outremer appelle devant lui le Comte de Flandre Arnould et Héloüin, Comte de Montreuil, les engage à s'accorder, s'offre comme amiable compositeur, leur promet d'être équitable. Les deux princes acceptent; mais ensuite, pour être obéi, le roi est obligé de négocier une transaction à ses propres dépens (2).

Ce n'est qu'avec le temps, lorsque grandit la puissance de la monarchie capétienne, que l'arbitrage royal s'étendit, se généralisa. Ces pratiques arbitrales continuèrent pour une bonne part à rendre au roi ses pouvoirs judiciaires (3).

(1) RICHERI, Hist. I, 5, éd. Waitz, p. 5.

(2) Id., II, 40, id., p. 59; « ... *convocalis de amicia suadet; sese inter eos judicem penitus æqualem utrique parti facturum pollicens.... concedit utraque ac jussis regis parent. Datisque vadilus, equitatis jura exsecuntur...* »

(3) FLACH, t. I, p. 164.

L'arbitrage privé

Le recours à l'arbitrage était fréquent au moyen-âge.

Nous en possédons quelques exemples célèbres pour le règlement des contestations entre grands seigneurs. La défiance que leur inspirait la justice royale les faisait souvent recourir à l'arbitrage; au lieu de se soumettre au jugement de leurs pairs, les feudataires avaient alors recours à des particuliers (*arbitri, compromissores*) librement choisis par eux et chargés de juger leur différend sans appel (1).

Le roi lui-même se résignait parfois à encourager ces procédures arbitrales. Le roi proposait comme arbitre un ou deux grands personnages, et les parties promettaient par avance et volontairement de se soumettre à sa décision (2). Même au-delà du XII^e siècle, la royauté recourait encore parfois à une procédure arbitrale, moins suspecte que le jugement des palatins (3).

Mais peu à peu la monarchie renforce son autorité, et l'idée de la justice, attribut du pouvoir souverain, tend à prévaloir. Sous Philippe-Auguste, lorsque la puissance du roi s'est considérablement accrue, les seigneurs qui recourent à l'arbitrage prennent soin de demander au préalable l'agrément du roi (4).

Parfois aussi l'arbitrage est un procédé de transition pour accroître la compétence d'une juridiction au dépens d'une autre. Nous en avons vu l'exemple le plus significatif dans le développement de la justice ecclésiastique; les compromis apportaient indirectement à l'Eglise certains des procès qui échappaient à sa justice régulière.

De même la théorie de la prévention qui servit beaucoup aux juridictions royales pour réduire la compétence des juridictions seigneuriales, a sans doute débuté par un choix ouvert aux parties entre la justice du roi et celle du seigneur (5).

Nous retrouvons le même procédé en usage au profit des

(1) LUCHAIRE, *Manuel des Institutions Françaises*, Paris, 1909, p. 203; et *Hist. des Institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, Paris, 2^e édit., t. I, p. 292.

(2) *Hist. de France*, t. XVI, p. 43; t. XII, p. 331; t. XII, p. 16.

(3) *Hist. de France*, t. XVI, p. 94.

(4) LUCHAIRE, *Histoire*, p. 559.

(5) ESMEIN, p. 412. — GLASSON, t. 6, p. 475.

juridictions municipales. En matière civile, les habitants pouvaient, s'ils le voulaient, porter leurs litiges par voie d'arbitrage devant les officiers municipaux, alors même que ceux-ci n'avaient pas juridiction en ces matières. A Paris, notamment, ces recours arbitraux sont fréquents (1).

Dans des cas assez voisins, l'arbitrage est un moyen de lutter contre les justices seigneuriales. S'il était défendu aux serfs d'utiliser l'arbitrage, les roturiers en usaient largement (2).

Enfin le choix de l'arbitre mettait fin aux hésitations que l'on éprouvait sur le point de savoir à qui s'adresser, car les juridictions étaient nombreuses au moyen-âge, et leurs compétences s'enchevêtraient. Les recours à l'arbitrage remédient même parfois à une absence de juridiction.

On voit les fonctions très diverses remplies par l'arbitrage au moyen-âge : mais dans ces différents cas, l'institution arbitrale joue un rôle de transition dans le développement ou l'évolution de l'organisation judiciaire.

II

Mais nous savons que l'arbitrage, en toute hypothèse, subsiste parallèlement à la justice publique, et cela même en dehors des cas spéciaux envisagés ci-dessus. Les XIII^e et XIV^e siècles sont l'une des époques où l'arbitrage fut le plus usité ; il suffit en effet d'ouvrir le moindre cartulaire ou recueil de documents de quelque centier qu'il soit, pour en trouver de nombreux exemples. Dans les Flandres notamment, l'arbitrage est très fréquent en matière commerciale (3).

Les coutumes contiennent à son sujet de véritables traités (4). Le soin avec lequel elles exposent et organisent l'arbitrage, établit l'importance que revêtait l'institution au moyen-

(1) ESMEIN, p. 299.

(2) FOURGOU, *L'Arbitrage dans le Droit français, Recueil de Législation de Toulouse*, année 1905, p. 240 et suivantes.

(3) FOURGOU, p. 250.

(4) GLASSON, t. 6, p. 442 et suivantes.

Anciennes coutumes d'Arlois, titre LIV.

Anciennes coutumes de Toulouse, ch. 66.

Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, F, n° 258 et suivants.

Grand Coutumier de France, livre IV, ch. 4.

âge. Leurs règles sont d'ailleurs généralement empruntées au droit romain, et ne nous intéressent pas ici, sinon que leur abondance de précision transforme le caractère primitif de l'arbitrage, et en font une institution semi-publique.

C'est ainsi que la sentence de l'arbitre n'était pas à l'origine exécutoire par elle-même, et lorsque la partie se refusait à exécuter, on n'avait d'autre ressource que d'agir en justice; l'introduction de la clause pénale dans le compromis permettait d'assurer l'exécution de la sentence; mais il semble bien que dans les derniers temps du moyen-âge on commençait à pratiquer la procédure d'homologation devant le juge qui opposait la formule exécutoire à la sentence arbitrale (1). Ce simple exemple permet de juger de la transformation progressive de l'arbitrage, évolution semblable à celle que nous avons relevée dans la période du Bas-Empire romain.

La distinction faite au xiv^e siècle entre l'arbitre proprement dit, qui dit le droit, et l'arbitrateur ou amiable compositeur qui n'est tenu à aucune règle de procédure, ni de droit, nous fait également assister à l'un des procédés habituels empruntés par l'institution arbitrale dans son évolution. L'arbitre tend à se rapprocher du juge ordinaire, puisqu'il rend une décision en observant les mêmes lois que lui et suit la procédure d'une justice régulière. L'arbitrateur paraît plus fidèle au caractère primitif de l'arbitrage, d'après lequel la plus grande liberté doit être laissée aux parties (2).

*
**

Plusieurs villes de Flandre nous offrent un curieux exemple des survivances des traditions arbitrales. On sait que dans le droit flandro-germanique, la justice avait, en matière de crimes et délits contre les personnes, un double rôle. Elle devait non seulement punir le coupable, mais encore faire consentir aux parties une trêve, puis une réconciliation au moyen d'une composition (3).

(1) GLASSON, t. 6, p. 454 et suivantes.

(2) FOURGOUX, p. 260.

Coutumes de Beauvoisis, ch. XLI, n° 1295, p. 167.

(3) GIRY, p. 190 et suivantes, dans *Histoire de la ville de St-Omer*, Paris, 1877.

Parfois, c'étaient les magistrats eux-mêmes qui remplissaient ce rôle d'arbitres. Ailleurs, et notamment à Saint-Omer, ces arbitres n'étaient que des bourgeois de la ville, revêtus temporairement de ce caractère par le libre choix des parties. Peu à peu, l'habitude de choisir les mêmes personnes donna naissance à un véritable tribunal arbitral. Maints procès civils étaient d'ailleurs également soustraits à la justice des échevins et confiés à ces arbitres. Jusqu'à la fin du ^{xiv}^e siècle au moins, se maintint ainsi un tribunal arbitral à côté de la justice officielle (1).

Cette institution « d'apaiseurs » d'origine arbitrale s'est toujours maintenue dans les justices municipales du nord de la France. La procédure de conciliation à laquelle ils procédaient s'est perpétuée dans les Flandres à travers les siècles, et Voltaire en faisait l'éloge dans une lettre restée célèbre; très à l'honneur au ^{xviii}^e siècle (2), elle n'est pas étrangère à la tentative de conciliation établie par les lois révolutionnaires.

Cette particularité méritait d'être signalée dans notre étude du rôle de l'arbitrage dans l'évolution des formes juridictionnelles.

(1) Id., p. 194 et suivantes.

(2) BOITARD, *Leçons de Procédure civile*, Paris, 1876, t. I, p. 73.

CHAPITRE VI

L'ARBITRAGE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'arbitrage privé subsistera dans l'ancien droit français, parallèlement à la justice publique. Mais l'institution arbitrale ne peut plus désormais exercer d'influence sur le développement juridictionnel interne, celui-ci étant parvenu à son terme. Cependant le recours arbitral continue à avoir son rôle et nos anciens auteurs ne lui ménagent pas leurs faveurs : « La manière de terminer les procès par la voie des arbitrages, écrit l'un d'eux, est une des plus utiles et des plus avantageuses pour le bien public... surtout à présent où il y a tant de danger à avoir des procès et où il en coûte de si gros frais pour les faire terminer, outre les peines et les fatigues que cela occasionne, et l'incertitude de l'évènement, qui sont tels aujourd'hui qu'il n'y a personne qui ne doive désirer de s'en rapporter à des arbitres, plutôt que de plaider » (1).

Ainsi l'arbitrage apparaît dans l'ancien droit comme une voie plus simple et moins onéreuse pour faire trancher les contestations.

L'arbitrage conserve son caractère essentiel : c'est d'une convention que les arbitres tiennent leur pouvoir. « On appelle

(1) JOUSSE, *Traité de l'Administration de la justice*, Paris, 1771, t. 2, p. 683.

arbitres les personnes qui sont choisies par les parties qui leur donnent pouvoir par un compromis de décider leurs contestations, ou leurs différends — et qui se promettent réciproquement de s'en tenir à la décision des arbitres » (1).

Mais l'organisation judiciaire ne saurait ignorer désormais les procédures arbitrales. Elles vont être réglementées et prendront place dans l'ensemble du système judiciaire; et ainsi, si l'arbitrage reste bien une juridiction conventionnelle, elle n'est plus une juridiction privée mais prend un caractère semi-public.

Jusqu'à l'ordonnance de 1510 l'arbitrage est à peine réglementé législativement. Mais à partir de cette date, de nombreuses ordonnances, notamment celles de 1510, 1535, de 1560 vont préciser les règles de procédure arbitrale, notamment pour le compromis, la nomination des arbitres, l'extinction de leurs pouvoirs.

D'autre part, depuis que l'ordonnance de 1510 a ouvert définitivement l'appel contre les sentences arbitrales, l'arbitrage prend rang dans l'organisation judiciaire du royaume. On admet bien toujours, nous l'avons dit, que le compromis fonde la sentence des arbitres; mais celle-ci peut être combattue comme un jugement et suivant les mêmes règles, c'est donc reconnaître à la sentence arbitrale un caractère judiciaire qu'elle ne saurait tenir du simple compromis. Le respect du compromis voudrait, en effet, que la décision des arbitres fut tenue pour définitive; permettre l'appel, c'est confier aux arbitres des fonctions relevant du pouvoir judiciaire; d'ailleurs les parties ne peuvent renoncer, dans le compromis, à l'appel éventuel de la sentence arbitrale (2). Et en effet les anciens auteurs reconnaissent aux arbitres ce caractère public (3).

Pourtant la sentence n'est pas exécutoire par elle-même; elle doit être au préalable soumise à l'homologation du juge. Celui-ci devait d'ailleurs y procéder purement et simplement « sans prendre sous ce prétexte aucune connaissance du fond » (Ordonnance de 1681, livre III, titre 6, art. 72); le juge vérifiait seule-

(1) JOUSSE, *Traité de l'Administration de la justice*, Paris, 1771, t. 2, p. 685.

(2) Id., p. 685.

(3) DOMAT, *Les Loix civiles*, Paris, nouv. édition, 1777, livre II, titre XII, sect. I, n° 10; sect. 2, n° 1, p. 187 et 188.

CHAUVEAU SUR CARRÉ, *Procédure civile*, Paris, 1880, t. VI, 2^e partie.

ment si les arbitres étaient restés dans les limites des pouvoirs qui leur avait été confiés par les parties. Plus tard, le dépôt aux greffes d'arbitrage équivaudra à cette homologation.

On distinguait toujours deux sortes d'arbitres, ceux qui sont tenus d'observer les règles du droit, et ceux qui en sont dispensés; on ne faisait en cela que suivre la règle posée par le Digeste, auquel se réfèrent sans cesse nos anciens auteurs en cette matière (1). Il y avait controverse entre les anciens auteurs sur le point de savoir si les arbitres peuvent, sans que le compromis les y autorise, faire abstraction des règles de droit dans le jugement des contestations qui leur sont déférées (2). Il semble d'ailleurs qu'il s'agisse là d'une dispute plus théorique que pratique : « Dans nos mœurs, écrit Jousse, les arbitres choisis par les parties ne diffèrent point des amiables-compositeurs et sont établis pour régler *ex bono* et *æquo*, les demandes réciproques des parties (3). « Les arbitres choisis par les parties n'étant autre chose que des amiables-compositeurs établis pour terminer leurs différends, ne sont point tenus d'observer exactement les formalités de l'instruction et de la procédure... Ils doivent seulement observer les formalités qui sont essentielles dans l'ordre judiciaire » (4). Les arbitres disposent donc de plus de liberté dans leur procédure; pour fonder leurs décisions, ils ont également plus d'aisance que les juges : « ils peuvent préférer des considérations du bien et de la paix, à l'exactitude de la justice... » (5).

Le rôle de l'arbitrage subsistant parallèlement à la justice publique nous apparaît ainsi plus nettement.

*
**

Cependant il est si vrai que l'arbitrage avait perdu son caractère de justice privée, fondée uniquement sur un contrat de compromis, que les ordonnances de 1560, 1673 et 1681 ont introduit l'arbitrage forcé pour différentes catégories de litiges.

(1) CARRÉ, t. 6, p. 88; Loi 76 *Pro Socio* au Digeste.

(2) DOMAT, livre I, ch. VIII, p. 186. — CARRÉ, t. 6, p. 90.

(3) JOUSSE, t. 2 p. 683.

(4) Id., p. 53.

POTHIER, *Traité de Procédure civile*, Orléans et Paris, 1778, p. 282 à 285.

(5) JOUSSE, p. 33.

C'est d'abord en cas de contestations familiales « pour entretenir amitié et paix entre proches parents ».

C'est ensuite en matière commerciale; les marchands et négociants qui font une société doivent, dans l'acte même de société, se soumettre à des arbitres pour les contestations qui peuvent survenir entre eux.

Lorsqu'il y a lieu à arbitrage forcé, les ordonnances obligent les parties à se choisir des arbitres pour régler leurs différends; une seule des parties peut alors y contraindre l'adversaire; si une difficulté s'oppose à ce choix, l'arbitre est nommé par le juge.

Cette conception de l'arbitrage forcé indique clairement le caractère public attribué aux fonctions des arbitres.

La raison générale qui a motivé cette création d'une véritable institution judiciaire à base arbitrale est indiquée dans le préambule de l'ordonnance de 1560, et se retrouve dans les commentaires des auteurs : « Ce sont des choses plutôt de fait que de droit ».

Aussi ne doit-on pas s'étonner de voir nos anciens auteurs en rapprocher ce qu'ils nomment un troisième cas d'arbitrage forcé et qui n'est en réalité qu'une expertise : « Lorsque les juges renvoient d'office devant des arbitres nommés par eux pour trancher une question de fait » (1).

**

On sait que les hommes de la Révolution, tout à l'idée du contrat social, tentèrent de généraliser le recours à la procédure arbitrale.

Avec leurs théories sur l'organisation judiciaire et la procédure et leur rancune contre les abus des anciennes justices, les Constituants et les Conventionnels ne pouvaient manquer d'être favorables à l'arbitrage (2).

L'Assemblée Constituante a écrit en tête de ses lois d'organisation judiciaire : « L'arbitrage est le moyen le plus raison-

(1) JOUSSE, *Traité*, p. 683 et suivantes; section XI, p. 85 et suivantes.

(2) GARSONNET, *Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale*, édit. 1925, t. VIII, p. 452 et suivantes.

nable de terminer les contestations contre les citoyens » (1). Elle a élevé l'arbitrage à la hauteur d'un principe constitutionnel, en proclamant solennellement que « les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis » (2).

Les souvenirs récents des abus qui avaient altéré gravement le caractère de la justice sous l'ancien régime, et d'autre part les efforts autrefois tentés pour enlever aux parties le refuge de la justice arbitrale, concouraient à ranger la liberté de recourir à l'arbitrage parmi les droits les plus essentiels du citoyen (3).

La convention, entraînée par la mystique du mot « arbitrage » voulut que les juges prissent le nom d' « arbitres publics » (4).

Les lois révolutionnaires décidèrent aussi qu'il ne serait point permis d'appeler des sentences arbitrales, à moins que les parties ne se fussent « expressément réservées » par le compromis la faculté de l'appel.

Les Assemblées révolutionnaires ne se bornèrent point à semblables manifestations, mais multiplièrent les cas d'arbitrage forcé.

L'Assemblée Constituante (article 12, titre 10 de la loi du 24 août 1790) étendit l'arbitrage forcé à toutes contestations entre conjoints, père et fils, grands pères et petits-fils, frères et sœurs, oncles et neveux; et en outre à une foule de litiges nés des lois spoliatrices, notamment en matière de biens communaux (loi du 10 juin 1793). Mais c'était aller à l'encontre de toute évolution judiciaire.

Et l'on fut conduit rapidement à la suppression de l'arbitrage forcé pour tous les cas (loi du 9 Ventôse, an IV), à la seule exception des contestations entre associés, et pour cause de société commerciale, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1673 qui resta en vigueur.

(1) Décret-loi du 16-24 août 1790, titre I^{er}, art. I^{er}.

(2) Décret-loi du 16-24 août 1790, et dans la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 5.

(3) BONCENNE, *Procédure Civile*, p. 424.

(4) Constitution du 24 juin 1793, art. 91.

DEUXIÈME PARTIE

LES DÉVELOPPEMENTS NOUVEAUX
DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

CHAPITRE VII

EN DROIT INTERNATIONAL : DE L'ARBITRAGE A LA JURIDICTION

C'est dans le domaine des rapports internationaux que l'institution de l'arbitrage s'est prêté à l'examen le plus attentif des sociologues et des juristes, et que sont manifestés le plus nettement et sa nature et son rôle.

Nous pouvons saisir là l'arbitrage en pleine évolution agissant dans un milieu juridique encore inachevé. Alors que précédemment nous nous sommes attachés à reconstituer par des renseignements souvent fragmentaires le rôle de l'arbitrage dans une évolution juridique parvenue à son terme, nous allons au contraire pouvoir suivre pas à pas le développement de cette institution à travers les susceptibilités d'indépendance des parties, les controverses doctrinales des juristes, les hésitations des jurisconsultes, en nous efforçant de dégager son rôle essentiel et nécessaire en cette évolution.

La Société internationale

« L'esprit du commerce, disait Montesquieu, unit les nations. Toutes les unions sont fondées sur des besoins naturels. Deux nations qui négocient entre elles se rendent réciproquement dépendantes ».

Entre les peuples se sont nouées des relations pacifiques fondées sur les échanges commerciaux; peu à peu cette situation de paix et d'indépendance réciproque tendit à devenir le régime normal; l'isolement ou la guerre n'apparurent plus que comme des accidents anachroniques et redoutables. Ces rapports réguliers et pacifiques ont créé une société de fait entre les nations; mais les relations internationales n'ont pu prendre leur caractère contemporain que lorsqu'elles sont devenues faciles : la rapidité et le bon marché des moyens de transport développent chaque jour les échanges et placent les nations dans une dépendance de plus en plus étroite les unes des autres.

Mais souvent les politiques et les intérêts se heurtent, des contestations fréquentes surgissent. Les Etats s'efforcent à les prévoir en multipliant traités et conventions. Et ainsi peu à peu apparaissent des règles de droit; la société de fait devient une société de droit. Le pacte des Nations de 1919 devait consacrer la multiplicité des liens juridiques créés entre les Etats, en décrétant l'existence de la Société des Nations.

Ubi societas, ubi jus. Une société implique un droit; peu à peu une société s'ébauche, se constitue, se régularise, se renforce; parallèlement, le règne du droit progressivement se substitue au règne de la force.

Société Internationale postule un droit international, une juridiction internationale. L'époque contemporaine nous fait assister à une évolution progressive : le recours à la force tend à disparaître pour faire place à un régime juridictionnel.

La persistance de la guerre n'infirme point d'ailleurs l'existence d'un droit international. « La guerre est la forme de la justice privée dans les rapports internationaux » (1). « Dans cette justice privée des peuples combattant pour le maintien de leurs droits, s'affirme l'homogénéité de deux éléments du droit, l'un interne la norme, l'autre externe la contrainte » (2).

Mais la justice privée est un usage rudimentaire et dangereux qui a fait place dans toutes les sociétés internes au recours juridictionnel. Il en sera de même dans la société internationale. Mais ici comme là, cette substitution est lente et progressive; nous en savons assez de la nature de l'arbitrage pour lui

(1) SHERING, *L'Evolution du Droit*, p. 217.

(2) Id., p. 219.

assigner un rôle nécessaire et essentiel dans cette longue évolution.

La souveraineté des États

Cette évolution n'est pas en effet sans rencontrer de difficultés. Il apparaît immédiatement que l'obstacle principal au développement d'une société internationale, et particulièrement à l'établissement d'une juridiction internationale réside dans la notion traditionnelle de souveraineté des États.

La Souveraineté des États apparaît bien en effet comme l'une des règles essentielles du droit international ; et les hommes d'État suivis ou entraînés parfois par le sentiment populaire considèrent l'entière indépendance d'une nation à l'égard de l'étranger, comme le droit le plus fondamental et l'exigence la plus élémentaire. Remarquons d'ailleurs que cette prétention et ce principe marquent un progrès sur les habitudes diplomatiques des siècles passés où, alors, la seule ambition des puissances était de se dominer réciproquement, soit par la force des armes, soit par le lien des traités plus ou moins librement consentis.

Mais la notion de souveraineté rend difficile les progrès du droit international ; elle s'oppose spécialement au recours obligatoire à une juridiction.

Ce principe ne résiste d'ailleurs pas à une analyse scientifique (1). La souveraineté de l'État se définit par un droit positif, celui de faire ce qui plaît ; c'est son aspect intérieur ; en ce sens, déjà le mot peut prêter à confusion, car la souveraineté fut-elle celle d'un monarque d'ancien régime, ne saurait être absolue sans présenter un caractère d'arbitraire contraire à un régime de droit. La souveraineté de l'État se définit aussi par un droit négatif, celui de n'être obligé à rien par le fait de l'étranger, et ici cette notion est incompatible avec l'existence d'une société de fait entre les nations. En vain prétendrait-on

(1) PILLET, *Les Droits fondamentaux des États*, p. 18 et suivantes. — SCELLE, *La Paix par le Droit avant 1919*. — THÈSE GOUBRON, *Le Problème des Sanctions dans l'évolution de l'Arbitrage international*, p. 58 et 60.

HEFFTER, *Droit international public de l'Europe*, p. 44 à 46. — VATTTEL, *Le Droit des Gens ou les Principes de la Loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, édition PRADIER-FODÈRE, titre II et IV. — LE FUR, *Philosophie du Droit international*, p. 18.

à en limiter le concept; par définition, souveraineté a une signification absolue qui répugne à un état de société comme à la reconnaissance de règles de droit.

La souveraineté ne se conçoit, pour un homme, qu'à l'état sauvage, pour un Etat que dans l'isolement absolu; mais cet isolement ne peut plus exister. Un Etat ne pourrait être souverain que s'il s'abstenait par lui-même et par ses sujets de tous rapports avec les autres Etats; tout à l'opposé, la dépendance des Etats devient chaque jour plus complète.

Dans le droit international comme dans le droit public interne, la notion trop absolue de souveraineté doit faire place à l'idée plus moderne et plus souple de la liberté. Dans le droit interne : « La liberté absolue de l'individu (ce qui serait la souveraineté) n'existe plus, ayant reçu et recevant constamment de nouvelles limitations dans l'intérêt de la collectivité; néanmoins, personne ne songe à dire pour cela que l'individu a perdu son individualité et sa liberté; celles-ci sont mieux comprises, et pour les avantages de la vie collective, l'individu jouit, en définitive aujourd'hui d'une liberté plus grande que jadis » (1).

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, le droit international doit tenir compte de cette notion de souveraineté; l'indépendance réciproque des Etats qui en est le corollaire, conduit à n'admettre qu'une seule méthode pour le développement d'une société internationale : le libre accord simultané des volontés autonomes, c'est-à-dire le mode contractuel. Le droit devra toujours être consenti, la juridiction ne pourra se présenter que comme d'origine contractuelle, nous reconnaissons l'arbitrage. L'arbitrage apparaît ainsi comme étant dans le domaine international la seule juridiction compatible avec les principes de souveraineté et d'indépendance des Etats. Mais peu à peu, et en partie sous l'influence du développement de l'arbitrage lui-même, la phase d'individualisme intransigeant où s'obstinaient encore avant la guerre les Etats modernes, fait place à une organisation internationale, et on tend vers un véritable tribunal en même temps que vers la loi générale et une autorité supérieure. Mais de l'individualisme et de la souveraineté à

(1) ALVAREZ, *La grande guerre européenne et la neutralité du Chili*, 1915, p. 113, cité par FAUCHILLE, p. 455. Traité.

la société et au régime de droit, la transformation est si profonde que l'on ne doit pas s'étonner que les nations ne s'y acheminent que par la voie lente et prudente de tous les progrès durables.

La nature de l'arbitrage international

C'est en effet vers l'arbitrage que l'on s'est orienté tout naturellement lorsque les nations ont cherché à éviter les conflits armés.

L'arbitrage, quoique connu et appliqué dès l'antiquité et au Moyen-Age, s'est répandu surtout au ^{xvi}^e siècle. De septembre 1856 à septembre 1872 on compte déjà 42 affaires arbitrales contre 28 seulement de 1798 à 1852 (1).

La sentence arbitrale rendue à Genève en 1872 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis dans l'affaire de l'Alabama a rendu l'institution populaire.

Mais c'est surtout à partir des Conférences de la Haye que l'on se préoccupe sérieusement de rechercher les moyens de faciliter la solution juridique des conflits internationaux. Par l'acte final de la première Conférence, signé le 21 juillet 1899, les nations représentées admettent que pour prévenir autant que possible le recours à la force on doit faire usage des bons offices, de la médiation et de l'arbitrage. La deuxième conférence fut unanime à reconnaître le principe de l'arbitrage obligatoire, et déclara que certaines divergences, et surtout celles relatives à l'interprétation et à l'application des stipulations internationales conventionnelles, sont susceptibles d'être soumises à l'arbitrage obligatoire sans aucune restriction.

Sous l'influence des Conférences de la Haye, de nombreux traités d'arbitrage furent conclus avant la guerre.

La guerre européenne ne mit pas un terme aux ambitions qu'avait fait naître le développement de l'arbitrage. Benoît XV traduisait en 1917 les espoirs de tous les peuples en écrivant : « Le point fondamental doit être qu'à la force matérielle des armes soit substituée la force morale du droit : d'où un juste accord de tous, pour la réduction simultanée et réciproque des armements... puis en substitution des armées, l'institution de

(1) LAPRADELLE et POLITIS, *Recueil*, introduction du tome II.

l'arbitrage, avec sa haute fonction pacificatrice selon des normes à concevoir et des sanctions à déterminer contre l'Etat qui refuserait soit de soumettre la question internationale à l'arbitrage, soit d'en accepter les décisions. » Benoît XV, Message du 1^{er} août 1917, *Acta Apostolicae Sedis*, numéro du 1^{er} septembre 1917.

Au lendemain de la guerre, avec le pacte de la Société des Nations et l'établissement de la Cour permanente de Justice Internationale, un pas décisif est franchi; à côté de l'arbitrage qui conserve sa procédure propre et son tribunal, une juridiction régulière internationale s'est constituée.



On pressent que la coexistence de ces deux modes de règlement juridique des conflits est le terme d'une histoire déjà longue et d'une évolution complexe de l'institution arbitrale.

Dans les sentences arbitrales du xix^e siècle, particulièrement dans celles qui furent rendues par des souverains, la procédure arbitrale est bien plutôt un expédient diplomatique qu'un procédé juridique.

Plus tard, tout en admettant que la sentence arbitrale doit dire le droit, on n'attache pas à cette expression un sens trop strict; mais l'on admet qu'elle peut être rendue dans un esprit de compromis ou « d'équité » assez distinct du point de vue purement juridique qui est de rendre la justice d'après des règles fixes.

Tandis que dans certains cas, au cours des années qui précéderent la guerre, l'arbitrage international se rapproche de la médiation, dans d'autres elle apparaît déjà comme une véritable juridiction. C'est ainsi que le conflit des Fondations Pieuses Mexicaines fut jugé sur une base strictement juridique. Au contraire, pour le différend au sujet des Pêcheries du Nord-Est Atlantique, la décision du tribunal de la Haye, après avoir dit, le droit comporte une sorte de compromis; on a pu dire que « tandis que la Grande-Bretagne conservait ses droits de souveraineté sur les eaux territoriales, elle perdait le droit de les exercer ». Dans un troisième exemple, celui de l'incident de Casablanca, la sentence arbitrale présente plutôt les caractères

d'un règlement diplomatique que ceux d'une véritable sentence (1).

L'histoire peut donc prêter à hésitation sur la nature de l'arbitrage international. Des textes récents nous permettent heureusement d'apporter une définition un peu précise.

C'est l'article 37 de la Convention pour le règlement des litiges internationaux ainsi rédigé : « L'arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. » Plus explicite est la définition donnée par la Section juridique du Secrétariat Permanent de la Société des Nations :

« L'arbitrage est une forme du règlement judiciaire des conflits internationaux. Trois traits distinguent en général la procédure arbitrale de la procédure judiciaire proprement dite. Ce sont : la nomination des arbitres par les parties, le choix par ces dernières de normes matérielles à suivre par le tribunal, et enfin le caractère volontaire de la juridiction arbitrale. La limite entre ces deux branches de juridiction ne peut cependant être considérée comme absolument fixée. Là où les trois traits mentionnés sont présents, là il y a certainement arbitrage technique. Mais il y a des formes intermédiaires où une procédure est caractérisée par un ou deux de ces traits seulement... La limite entre l'arbitrage et la médiation forme en même temps la borne entre la médiation et toute procédure juridique » (2).

L'arbitrage est donc tout d'abord une juridiction. Cette juridiction se caractérise essentiellement par son fondement contractuel. C'est une juridiction volontaire; une convention, le compromis, est à sa base; cette convention s'attache à la nomination des arbitres; elle précise aussi les règles à respecter et à suivre tant pour la procédure que pour la sentence. L'arbitrage international repose donc tout entier sur un compromis; c'est grâce à celui-ci que l'affaire sera jugée, car les Etats intéressés ne sont pas obligés d'accepter l'intervention d'arbitres pour le règlement du litige.

La nature de l'arbitrage fait son imperfection : point d'obligation d'y recourir, absence de règles fixes, de procédure et de

(1) BROWN, *Revue de Dr. Int. Public*, 1924, p. 322 et 323.

(2) V. BROWN, *R. D. I. P.*, p. 317.

tribunal permanent; ce sont là autant d'obstacles à la généralisation du règlement juridique des conflits.

On conçoit que le principal effort du droit international va consister à transformer progressivement l'arbitrage en une juridiction régulière. Cette évolution se poursuivra par trois voies parallèles.

Tout d'abord on facilitera la conclusion du compromis, on s'efforcera à le rendre obligatoire pour la plupart de ses clauses, dans un nombre de plus en plus grand de cas; on fera en sorte de le rendre inutile et de lui substituer peu à peu une obligation générale de soumettre les litiges justiciables à une juridiction.

D'autre part, on soustraira progressivement la nomination des arbitres au libre choix des parties, pour parvenir à la création d'un tribunal permanent doté de sa procédure fixe.

Enfin, par une série de conventions, on s'attachera à dégager et à codifier peu à peu les règles du droit international, pour constituer un ensemble de normes juridiques universellement acceptés sur lesquels statuera obligatoirement le tribunal arbitral.

C'est cette triple évolution de l'arbitrage à la juridiction que nous allons examiner.

I

DU COMPROMIS D'ARBITRAGE AU RECOURS OBLIGATOIRE

Le compromis d'arbitrage se présente tout d'abord sous une forme occasionnelle. A propos d'un conflit déjà né, et que l'on n'est pas parvenu à résoudre par la voie ordinaire de la diplomatie, on décide de soumettre le litige à un arbitrage. Ce fut le cas notamment pour l'affaire de l'Alabama ou pour l'affaire des Phoques de la mer de Behring.

Mais l'on comprend combien il est difficile, lorsqu'un conflit a mis aux prises sans résultat les diplomaties de deux puissances, de s'entendre sur les clauses d'un compromis qui confiera le règlement du litige à une sentence arbitrale. On saisit toute la difficulté de cette renonciation éventuelle, totale peut-être, à des droits revendiqués par une puissance, lorsque le conflit non seulement est déjà né, mais s'est peut-être passionné jusqu'à émouvoir l'opinion publique des deux nations.

Aussi est-il préférable, si l'on veut assurer dans la mesure du possible le règlement judiciaire des conflits internationaux, d'obtenir des Etats, préalablement à tout litige, l'engagement de recourir à l'arbitrage, soit pour un conflit qui pourra se produire dans des cas déterminés à l'avance, soit pour tout conflit avec une autre puissance.

Cet engagement ne supprime pas la nécessité de compromettre à l'occasion d'un litige déterminé, mais rend ce compromis obligatoire. L'obligation de recourir à l'arbitrage étant antérieur à la naissance du conflit, on est tenu d'avance à n'en pas discuter le principe, et la négociation du compromis s'en trouve d'autant facilitée.

Ces accords par lesquels deux ou plusieurs puissances promettent que les différends susceptibles de surgir entre elles

seront soumis à l'arbitrage se présentent sous deux formes. Tantôt ce sont des « clauses compromissaires » introduites dans un traité ayant son objet propre, prévoyant les difficultés d'interprétation ou d'application auxquelles le traité pourra donner lieu et décidant qu'à défaut d'une entente directe ces différends seront tranchés par les arbitres; tantôt on conclut un traité particulier n'ayant d'autre objet que de convenir d'avoir recours à l'arbitrage au cas où un litige s'ouvrirait entre les parties contractantes.

**

Les clauses compromissaires

Les premières « clauses compromissaires » à l'époque contemporaine apparaissent, au début du xix^e siècle, entre les Etats américains. Plusieurs Etats de l'Amérique du Sud en introduisirent ensuite le principe dans leurs Constitutions (Vénézuëla 1874, Equateur 1878, Saint-Domingue 1880, Brésil 1891). D'Amérique, l'usage s'en étendit dans les rapports d'Etat d'Europe avec les Etats américains ou asiatiques, spécialement dans les traités de commerce. Après l'affaire de l'Alabama, les clauses compromissaires se multiplient, et s'introduisent jusque dans les traités de paix; à la fin du xix^e siècle, on en compte 75. La plupart ne lient que deux Etats; mais d'autres sont plus générales, telle la clause compromissoire de l'acte général de Bruxelles relatif à la traite des noirs (1).

Les traités d'arbitrage

On a voulu aller plus loin, et l'obligation de compromettre a été stipulée à titre principal dans les traités dits d'arbitrage obligatoire. Ces traités ne visent parfois qu'une catégorie déterminée de litiges éventuels; mais souvent aussi on stipule le recours à l'arbitrage dans tous les domaines où il est susceptible d'être utilisé.

(1) POLITIS, *La Justice internationale*, p. 196.

C'est en Amérique que sont signés les premiers traités d'arbitrage obligatoire, en 1867 par le Salvadoz avec d'autres Etats américains. Quelques années plus tard, la Conférence pan-américaine, réunie à Washington en 1899-1900, élabore un traité permanent qui s'appliquerait à toutes les contestations à venir, à l'exception de celles où l'une des parties estimerait que le jugement arbitral pourrait mettre en péril son indépendance (1).

La première conférence de La Haye s'efforça d'étendre la pratique de l'arbitrage obligatoire en le stipulant dans certains domaines déterminés; mais on dut finalement se borner à rendre à l'arbitrage obligatoire un hommage théorique.

Mais cette Conférence n'en exerça pas moins une influence considérable sur le développement des traités d'arbitrage. De 1893 à 1907, dans l'intervalle qui sépare les deux Conférences, il fut conclu plus de 60 traités d'arbitrages dont certains entre grandes puissances. En dehors de nombreux traités entre Etats américains, ou entre Etats américains et Etats européens, le plus significatif est le traité d'arbitrage conclu en 1903 par la Grande-Bretagne et la France.

Ainsi, à la veille de la seconde Conférence de La Haye, en 1907, il semblait possible de consolider les résultats acquis par une convention générale qui aurait stipulé l'obligation arbitrale pour le plus grand nombre de cas possibles. Mais on sait que la dernière Conférence de La Haye ne put, elle aussi, aboutir au sujet de l'arbitrage qu'à une simple déclaration de principes. Les traités d'arbitrages ne continuèrent pas moins à se multiplier; depuis la fin de 1907, jusqu'en 1914, il fut conclu plus de 70 traités de ce genre (2).

Les traités d'arbitrage comportent habituellement des réserves; les questions mettant en cause l'indépendance, l'honneur, les intérêts vitaux des contractants sont soustraits à l'arbitrage. Dès lors, il sera toujours possible à une nation de mauvaise foi ou susceptible à l'excès sur le point d'honneur, d'arguer de ces réserves prévues pour éviter l'arbitrage. Qui décidera de savoir si le conflit est justiciable, et d'après quelles normes pourra-t-on établir ces distinctions ?

(1) POLITIS, p. 196 et 197. ; id., p. 200.

(2) POLITIS, p. 224.

D'autre part, le traité d'arbitrage ne supprime pas la nécessité de conclure un compromis spécial, lorsqu'une difficulté concrète se présente. Il faut toujours délimiter le litige, choisir les arbitres, régler peut-être la procédure. De nombreuses difficultés vont encore se présenter dans la négociation du compromis, risquant de tout faire échouer, et de rendre vaine l'obligation préalable de compromettre.

**

Pour éviter ce danger, on a songé à introduire dans les conventions préalables de recours à l'arbitrage, une clause dite de compromis obligatoire. Elle consiste essentiellement à choisir par avance des arbitres éventuels ou simplement le sur-arbitre répartiteur — et à confier, soit à ce dernier, soit au tribunal arbitral qui entrera en fonction, lors de la naissance du litige, le soin de dresser le compromis.

La Conférence de La Haye de 1907 a permis aux parties de s'en remettre à la Cour permanente pour l'établissement du compromis (art. 53). Il apparaît bien que c'est par la constitution d'un tribunal arbitral permanent auquel serait confié par avance le soin de délimiter le litige, que disparaîtront les difficultés de négociation du compromis. On arrive à rendre quasi inutile la signature elle-même d'un compromis.

L'Allemagne et la Suisse s'en sont remis à une méthode analogue dans leur traité d'arbitrage du 3 décembre 1921. Un Conseil permanent sera chargé d'établir le compromis sur la demande de l'une des parties si elles ne réussissent pas à le conclure par entente directe; de même si les parties ne s'entendent pas sur la nomination des arbitres ou si l'une d'elles néglige de désigner les siens, le Conseil peut, sur l'invitation de l'une d'elles, compléter la composition du tribunal.

**

Mais une difficulté plus grave peut se présenter. Les traités d'arbitrage, avons-nous dit, ne sont généralement conclus qu'avec des réserves qui en atténuent singulièrement la portée. Leur existence compromet les chances d'un règlement arbitral pour un litige déterminé. Si chaque Etat reste juge du caractère

arbitral ou non du conflit, les engagements préalables de compromettre risquent de rester sans utilité pratique. D'autre part, les cas visés par les réserves, ceux « intéressant l'honneur, l'indépendance ou les intérêts vitaux » des Etats contractants, sont bien les seuls susceptibles d'entraîner un conflit armé; et l'on ne conçoit alors plus guère l'utilité des traités d'arbitrage, sinon pour faciliter le règlement des litiges d'une importance accessoire.

Certains Etats n'ont pas hésité à renoncer à leur liberté d'appréciation du caractère de chaque conflit, et ont conclu des traités d'arbitrage soumettant à la décision des arbitres la divergence sur le point de savoir si le différend met en cause « les intérêts vitaux, l'honneur ou l'indépendance des Etats contractants ». Ce sont notamment les conventions d'arbitrage conclues entre la Norvège et la Suède le 26 octobre 1905, l'Italie et le Pérou le 18 avril 1905, la Norvège et le Portugal le 8 décembre 1908, l'Italie et la Suède le 13 avril 1911, la France et le Danemark le 9 août 1911. Nous rencontrons une disposition particulièrement intéressante dans le traité germano-suisse du 3 décembre 1921; l'article 4 confère au tribunal arbitral le soin de statuer sur l'exception opposée par l'une des parties du fait que l'affaire « affecte son indépendance, l'intégrité de son territoire ou d'autres intérêts vitaux d'une importance extrême »; mais l'on exige pour cette décision des conditions exceptionnelles de majorité au sein du tribunal.

Ces dispositions rejoignent l'effort tenté par les Etats-Unis, sous l'administration du Président Taft pour parvenir à soustraire l'appréciation du caractère arbitral du conflit à la liberté des deux parties, et à la remettre à une commission mixte de six membres qui pourraient décider à une majorité de cinq voix.

*
**

En effet, les réserves classiques ne font que traduire cette évidence que dans l'état actuel des relations internationales, et au stade inachevé où nous sommes parvenus, il est des matières plus ou moins nombreuses où il n'est pas possible de recourir à une juridiction, fut-elle arbitrale. Certains conflits

sont susceptibles d'un règlement juridique, d'autres échappent à semblable solution.

Dès lors il y a lieu de rechercher pour ceux-ci un autre mode de règlement pacifique, tout en s'efforçant de préciser les règles de détermination des conflits justiciables, et en soustrayant à l'arbitraire des parties l'appréciation de ce caractère.

C'est la triple voie vers laquelle on s'est engagé depuis la guerre, et qui doit conduire à substituer peu à peu au compromis devenu inutile l'obligation générale de soumettre tous litiges justiciables à une juridiction.

**

Le système du Pacte de 1919 pour le règlement des conflits internationaux susceptibles d'entraîner une rupture est développé dans ses articles 12 à 15; ils prévoient les solutions judiciaires et arbitrales d'une part et les solutions par conciliation de l'autre. Le recours aux tribunaux d'arbitrage ou à la Cour de Justice de La Haye y est prévu comme quelque chose de purement facultatif et volontaire. Par contre, le recours à la médiation est strictement obligatoire, à défaut de l'acceptation d'une solution arbitrale ou judiciaire. On voit qu'en 1919 on compte davantage sur l'action médiatrice que sur l'arbitrage pour le maintien de la paix (1).

Mais le pacte ne renferme pas, à proprement parler, d'obligation arbitrale, les susceptibilités de la souveraineté ayant fait échec une fois de plus, aux tentatives en ce sens (2). Il comporte cependant une certaine obligation indirecte. Si l'on veut échapper au contrôle politique du Conseil de la Société, le recours à l'arbitrage reste la seule voie ouverte.

Aussi bien il a été largement fait usage, depuis 1919, de clauses et de traités d'arbitrage; tous les traités de paix de 1919 notamment comportent des clauses compromissaires pour les différends relatifs à leur interprétation et à leur application.

Enfin le Statut de la Cour de Justice a prévu une procédure très souple pour étendre le domaine de l'arbitrage. Il suffit pour

(1) SCELLE, *L'Elaboration du Pacte*, p. 110, dans les *Origines et l'Œuvre de la Société des Nations*, t. I.

(2) SCELLE, *Europe Nouvelle*, 29 mars 1919.

cela d'une déclaration d'un Etat reconnaissant comme obligatoire la juridiction de la Cour pour telle ou telle catégorie de différends d'ordre juridique, vis-à-vis de tout autre Etat acceptant la même obligation.

**

Ici, il ne s'agit plus à proprement parler d'arbitrage, puisque tout le compromis est inutile lorsque, ce qui est aujourd'hui le cas le plus général, clauses ou traités attribuent compétence à la Cour de Justice. La Cour peut alors être saisie par citation directe, et si des contestations s'élevaient sur l'étendue de sa compétence, elle aurait le pouvoir d'en décider. A moins de clause contraire dans le traité établissant la compétence obligatoire de la Cour, il n'y aura pas besoin de conclure dans chaque cas un compromis.

Toutefois, lorsque l'obligation arbitrale est accompagnée des réserves d'usage, un doute est possible; et l'opinion qui semble avoir prévalu à la Société des Nations lors de l'élaboration définitive du Statut de la Cour est que « si la convention générale (d'arbitrage) est soumise à certaines réserves dont l'appréciation d'après les traités, appartient aux parties elles-mêmes, les parties ne peuvent pas recourir à la juridiction internationale sans un accord préalable (compromis) ».

L'obligation arbitrale risque ainsi de rester encore purement facultative dans un nombre de cas assez considérables, et dans les espèces les plus importantes.

**

On tend donc à abandonner à la Cour de Justice le soin de savoir si tel conflit est de sa compétence et est justiciable. Mais suivant quelles règles se déterminera cette compétence, dans quels cas y aura-t-il lieu à un recours juridictionnel ?

En 1922, la Session de Grenoble de l'Institut de Droit International avait inscrit à son ordre du jour la classification des conflits comportant un règlement juridique. On aboutit seule-

ment à déclarer qu'en principe tous les conflits sont susceptibles d'un règlement judiciaire, ou d'une solution arbitrale (1).

En effet, une classification rigoureuse des litiges en deux catégories, les litiges juridiques d'une part, les litiges politiques de l'autre, ne répond ni à la réalité, ni à la logique de l'évolution. La notion de conflit politique est en effet essentiellement relative.

Un système souple se pliant à toutes les circonstances et se modelant sur le progrès des mœurs et de la légalité internationale apparaît préférable. Progressivement les notions d'indépendance et de justice internationale se substitueront à celle de la souveraineté, et le droit récupérera sur la politique de nouveaux domaines d'activité internationale qui lui échappent aujourd'hui (2).

En réalité, il s'agit donc d'étendre progressivement le domaine juridictionnel en comblant les lacunes que présente encore le droit international.

Mais plus encore que la fixation de normes juridiques, l'institution d'un juge, d'un tribunal permanent, peut contribuer au développement d'un régime juridictionnel.

(1) Annuaire de l'Institut de Droit international, 1922.

(2) Session de Grenoble. — Rapport Marschall-Brown, p. 38.

Revue de Droit International Public, 1923, p. 102.

Ch. de VISSCKER. *La Session de Grenoble*.

II

DU LIBRE CHOIX DES ARBITRES AU TRIBUNAL

Le compromis d'arbitrage a, nous l'avons dit, pour principal objet le choix des arbitres auxquels sera confié le règlement du litige. Mais ce libre choix par les parties est souvent difficile; aussi a-t-on songé à faciliter ce choix par l'établissement d'un tribunal facultatif; puis par un mouvement parallèle à celui qui tend à rendre le compromis obligatoire, dans le même but d'assurer le règlement pacifique du plus grand nombre possible de conflits, on s'efforce d'établir un tribunal obligatoire.

A la vérité, un tribunal obligatoire d'arbitrage ne se conçoit pas; l'évolution achevée, nous ne serons plus en présence d'une institution arbitrale, mais bien d'une véritable institution juridictionnelle. Et nous assistons ainsi à un nouvel aspect de l'évolution contemporaine de l'arbitrage international à la juridiction.

Le libre choix des arbitres

Au début du xix^e siècle, l'arbitrage est confié, tantôt à une Commission mixte, tantôt à un souverain.

L'arbitrage par souverain semble assurer la parfaite indépendance du juge; celui-ci peut s'entourer de conseillers techniques, mais en réalité le souverain est avant tout chef d'Etat, et il statuera plus en diplomate qu'en juge.

La Commission mixte, composée d'un nombre de commissaires égal pour les deux parties, auxquels vient s'adjoindre, lorsqu'il en est besoin, un surarbitre départiteur, présente des avantages de technicité. Mais les commissaires de chaque Etat sont plutôt des avocats que des juges; le surarbitre n'intervient que tardivement pour trancher leur désaccord, et l'on se trouve

le plus souvent en présence de véritables arrangements diplomatiques masqués sous la forme d'une sentence.

Les inconvénients des deux systèmes ont fait préférer l'arbitrage par un tribunal, où des puissances tierces sont représentées dès l'ouverture des débats; peu à peu les commissaires étrangers formèrent la majorité du tribunal. Depuis la Convention de La Haye de 1917, cette pratique devient la règle, sauf accord contraire des parties.

Ainsi déjà par le libre choix des juges l'arbitrage a perdu sa forme archaïque de règlement diplomatique ou de médiation pour devenir un véritable règlement judiciaire.

Le Tribunal facultatif

Mais nous avons dit les difficultés que présentait le choix des arbitres à l'occasion d'un conflit déjà né; l'obligation de procéder à cette désignation, les incidents qui peuvent naître au cours des négociations nécessaires, sont de graves obstacles au développement de l'arbitrage.

D'autre part, la latitude laissée aux parties, ou aux arbitres pour la procédure à suivre n'était pas sans danger.

A la fin du xix^e siècle, lorsque se généralise la pratique arbitrale, on se rend rapidement compte de l'intérêt que présenterait l'existence d'un tribunal tout prêt à se saisir d'une affaire, à l'appel des parties, tribunal qui aurait son personnel et sa procédure.

Ce fut l'un des buts que se proposa la première Conférence de La Haye. Elle ne l'a atteint que bien partiellement. La juridiction créée par la Convention de 1899 destinée à « faciliter le recours immédiat à l'arbitrage » prend le nom de Cour Permanente d'arbitrage. En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable tribunal, mais d'une liste de juges sur laquelle, dans chaque affaire, les parties pourront choisir leurs arbitres.

Les parties seront donc toujours obligées à un choix difficile; mais on les guide quelque peu dans leur désignation. Le tribunal ainsi formé reste bien l'œuvre des parties; c'est sur leur convention de compromis qu'il fonde son autorité.

Par ailleurs, à côté de la liste des juges, on met à la disposition des parties un bureau véritablement permanent qui leur

servira de greffe; ce bureau peut aussi faciliter les négociations préalables pour l'organisation de l'arbitrage.

Cependant, le but n'est pas atteint; la nécessité du choix des arbitres pour toute affaire enlève à l'institution la principale utilité que l'on poursuivait.

D'autre part, le nombre excessif des candidats arbitres empêche l'établissement d'une jurisprudence; en fait, il s'est heureusement établi une sélection, et les choix se sont portés sur un petit nombre de juges. Il n'en reste pas moins que ces tribunaux éphémères sans lien les uns avec les autres, sont incapables de créer des traditions et de contribuer à la formation d'une jurisprudence.

La deuxième Conférence de La Haye a cherché à établir une véritable juridiction permanente. On aboutit à un projet de convention pour l'établissement d'une Cour de Justice arbitrale; la nouvelle Cour resterait facultative, mais elle devait vraiment constituer un tribunal permanent. Les discussions soulevées par le mode de désignation des juges, empêchèrent la réalisation du projet. Mais de 1907 à 1914, il servit de base à d'actives négociations, et l'on pouvait espérer que la troisième conférence de La Haye prévue pour l'été 1914 réussirait à créer un tribunal permanent.

**

Du moins la seconde Conférence avait-elle édicté tout un code de procédure proposé à l'usage des arbitres. Bien entendu, ces règles ne s'appliquent qu'à défaut de conventions contraires; la procédure comme le tribunal projeté reste purement facultatif. Son seul avantage, mais il est réel, est de dispenser les parties d'entrer dans les détails de la procédure ou de la confier à la discrétion des arbitres. Si le règlement établi leur convient, le compromis y renverra expressément ou tacitement.

Vers le Tribunal obligatoire

Le Pacte de la Société des Nations, en son article 14, chargeait le Conseil de préparer un projet de Cour permanente de justice Internationale. Préparé par une Commission de juristes, le

Statut fut adopté par l'Assemblée de la Société des Nations, le 13 décembre 1920.

La Cour est un véritable tribunal composé de quinze juges dont quatre suppléants, élus par l'Assemblée et par le Conseil de la Société des Nations.

Les parties qui auront recours à ce tribunal n'auront donc plus à choisir d'arbitres. Il faut seulement que les deux parties soient représentées au tribunal; par là, la Cour se rapproche du type traditionnel des tribunaux d'arbitrage.

Mais le recours à la Cour de Justice est-il facultatif ou obligatoire, un Etat peut-il sans entente préalable en citer directement un autre devant la Cour? Le recours reste facultatif, en ce sens qu'en l'état actuel du droit international, les Etats ne peuvent être obligés que conventionnellement. Mais cette origine de l'obligation ne lui enlève pas son caractère. La juridiction de la Cour est obligatoire, lorsqu'il en a été ainsi stipulé dans une clause compromissoire, ou un traité d'arbitrage. La procédure ouverte à tout Etat, pour reconnaître cette juridiction obligatoire sous condition de réciprocité, facilite singulièrement l'extension de la compétence obligatoire de la Cour.

Par ailleurs, la juridiction de la Cour reste volontaire lorsque deux Etats décident, par un compromis spécial, de lui soumettre un litige.

Et nous apercevons ainsi la distance qui sépare un tribunal arbitral saisi d'une affaire par un accord spécial des parties, et un tribunal évoquant directement un litige sur la requête d'une seule des parties en se référant à un engagement général antérieur.

III

VERS DES RÈGLES FIXES DE DROIT

L'arbitrage est une juridiction; il s'achève en une sentence, et suppose donc, nous l'avons vu, des règles de droit.

Or, ces règles n'existent pas toujours; la législation internationale présente d'immenses lacunes. Tout litige ne pourra se solutionner suivant le droit. Mais la procédure arbitrale présente des exigences moins strictes que la juridiction régulière; elle saura parfois prendre un caractère plus souple de médiation. Et ainsi l'arbitrage sera possible alors qu'en l'absence de règles fixes, un véritable tribunal ne le serait pas encore.

Sans doute les arbitres sont des juges ayant pour mission de « dire le droit », mais le caractère essentiel de l'arbitrage est sa bas contractuelle; c'est du compromis que les arbitres tiennent leur pouvoir. Or ce compromis indique souvent si leur jugement doit s'inspirer uniquement des règles du droit ou des principes de l'équité ou de la combinaison des deux.

Le terme « équité » se rencontre fréquemment dans les traités d'arbitrage eux-mêmes, notamment dans le traité entre la France et les Etats-Unis du 3 août 1911 prévoyant l'arbitrage pour les différends de nature à comporter « un règlement judiciaire du fait qu'ils peuvent être résolus par application des principes du droit ou de l'équité ». Pour comprendre la signification juridique de ce recours à des principes d'équité, il faut se souvenir que dans les pays anglo-saxons, de législation en grande partie coutumière, le juge peut statuer en équité lorsque la loi est muette; il ne faut donc pas s'étonner que des arbitres appelés à appliquer un droit international encore si

imparfait, si plein de lacunes et avant tout coutumier, soient investis de larges pouvoirs. (1).

Quelquefois aussi le compromis donne aux arbitres des pouvoirs plus larges que ceux du juge ordinaire; il les autorise à statuer comme amiable-compositeur, ce qui leur permet, au cas où ils ne trouveraient entièrement fondées les réclamations d'aucune des deux parties, d'adopter une solution transactionnelle donnant pour partie raison à chacune d'elle. Cette clause permet de trancher certains litiges où l'arbitre ne pourrait prononcer de sentences fondées sur le droit strict. La clause d'amiable composition, inaugurée en 1869 dans un litige entre la Grande Bretagne et le Portugal, a fait fortune spécialement dans les contestations territoriales. On la retrouve dans une série de compromis de la fin du XIX^e siècle et du commencement du XX^e.

Le compromis peut aller plus loin encore, et donner aux pouvoirs des arbitres une extension plus considérable. Au lieu de les investir seulement du jugement des difficultés elles-mêmes, il peut leur confier le soin de régler les intérêts futurs des parties. Il en a été ainsi notamment en 1893 dans l'affaire des phoques de Behring; en 1901 dans le conflit consulaire gréco-turc, et en 1910 dans l'affaire des pêcheries de l'Atlantique.

Mais la procédure arbitrale non seulement y permet une solution du litige, lorsqu'un tribunal judiciaire y serait impuissant, mais encore elle a son rôle efficace dans la précision progressive des règles de droit nécessaires au jeu d'institutions judiciaires. Par les sentences que les arbitres rendent en équité, ils contribuent déjà utliement à dégager la coutume internationale.

Mais il y a plus. Le compromis pose parfois les règles spéciales de droit sur lesquelles l'arbitre décidera. Il en fut ainsi en 1871 dans l'affaire de l'Alabama où les parties avaient stipulé les trois règles de Washington sur la neutralité, et aussi en 1897 dans l'affaire de la Guyanne Britannique, où la Grande-Bretagne et le Vénézuëla avaient indiqué comme règle applicable la prescription acquisitive de cinquante ans.

Ainsi sans doute l'arbitrage est-il par définition le règlement des conflits par l'application du droit. Mais outre qu'il est encore

(1) SCELLE, *Le nouveau traité d'arbitrage obligatoire entre les États-Unis, l'Angleterre et la France*, *Revue Politique parlementaire*, 1912, p. 56.

rare que l'on puisse ramener des litiges à une formule juridique, rien n'empêche les parties de suppléer, par leurs compromis, à l'insuffisance du droit, soit en stipulant des règles applicables à l'espèce, soit en donnant aux arbitres le pouvoir de statuer d'après les principes généraux de la justice et de l'équité.

**

Il en est différemment pour une procédure proprement judiciaire. On ne conçoit point ici d'incertitude sur les règles de droit qui serviront à trancher les litiges. Les tentatives faites pour établir une Cour Internationale des Prises constitue une précieuse leçon. Cette Cour n'a pu être constituée parce que la Grande Bretagne a voulu connaître la portée des principes de justice et d'équité que la Cour devrait appliquer et qu'elle n'a pas pu recevoir suffisamment de précisions sur ce point.

Aussi le statut de la Cour permanente de Justice internationale ne lui permet de juger *ex æquo et bono* qu'exceptionnellement, en cas d'entente préalable des parties, et alors il s'agira bien plutôt d'arbitrage. Le Statut précise par ordre successif les règles de droit applicable. Ce sont en premier lieu les « conventions internationales, soit générales, soit spéciales établissant les règles expressément reconnues par les Etats en litige » ; puis, « la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit », ensuite « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Ce n'est que comme à des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, que la Cour pourra se référer aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés.

Sans doute, bien des litiges échappent à la compétence de la Cour; de là l'utilité persistante d'un tribunal d'arbitrage parallèlement à la Cour de Justice; de là aussi l'utilité de prévoir une solution pacifique des conflits par le Conseil de la Société des Nations, pour les litiges échappant par leur nature à la Cour de Justice et que les parties refusent de soumettre à l'arbitrage. Mais les règles de droit vont se multipliant et se précisant, et l'on peut espérer que peu à peu tous les conflits pourront être confrontés avec des règles de droit; ce n'est d'ailleurs que par un lent développement de la société interna-

tionale dans les esprits et les politiques, que ces progrès théoriques recevront leur application.

C'est ainsi que la Société des Nations a apporté et continue d'apporter au droit international une utile contribution en élaborant un grand nombre de conventions nouvelles; elle a en outre constitué un comité de juristes pour la codification progressive du droit international; d'autre part l'enregistrement et la publication de tous les traités internationaux facilitent aussi le développement d'un droit facilement applicable par un tribunal international.

D'ailleurs le simple fait de l'existence d'un tribunal international contribuera efficacement au progrès du droit international. L'expérience prouve que, loin d'avoir suivi les codes ou les rédacteurs de coutumes, les tribunaux les ont souvent précédés. Elle montre encore que ce qui importe le plus pour le développement même du droit, c'est moins sa fixation que l'institution d'un juge (1). Il en a été ainsi non seulement en droit interne, mais également dans la Confédération suisse pour le développement d'une législation juridique fédérale (2), ou encore aux Etats-Unis d'Amérique pour la Haute-Cour de Justice (3).

Alors qu'un tribunal éphémère ne peut constituer une jurisprudence, une Cour de Justice véritablement permanente permettra la création d'une jurisprudence et par là-même un développement logique du droit international.

De même par ses avis consultatifs la Cour permanente dégage des principes juridiques; les « différends » et les « points » sur lesquels le Conseil ou l'Assemblée peuvent demander un avis consultatif à la Cour, sont, en effet, des questions d'ordre juridique; il en fut ainsi, notamment en 1922, dans la question de la Carélie Orientale (4).

Ainsi se développe et par les conventions particulières, et par l'action de la Société des Nations, et par le jeu même de l'institution, la compétence de la Cour de Justice. Ainsi s'étend le domaine de la justice internationale par la précision progressive des règles de droit.

(1) Rapport MARSCHALL-BROWN, *Session de Grenoble*, 1922, p. 26.

(2) SOURIAU, *L'Evolution de la Juridiction fédérale Suisse*.

(3) BRYCE, *Les Démocraties Modernes*, t. II.

(4) *Revue de Droit international public*, 1923.

IV

LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE EST ENCORE UNE COUR ARBITRALE

Le Comité consultatif des juristes auprès du Conseil de la Société des Nations a voulu créer une institution distincte de l'arbitrage ; l'un des plus éminents de ses membres, M. de Baprardelle disait : « Il s'agit de créer une institution de justice ». Au cours des discussions du Comité, sans cesse on se plut à opposer la procédure arbitrale à la procédure judiciaire.

Il semble que ce fut là ambition prématurée.

De qui la cour tient-elle son autorité ? Des parties ou de la Société des Nations ? Là est toute la question.

En réalité, toute la compétence de la Cour de justice, même lorsqu'elle est dite obligatoire, est d'origine contractuelle, ce qui est bien le caractère juridique distinctif de l'arbitrage ; et l'on ne conçoit guère qu'il puisse en être différemment dans la société internationale en l'absence d'une véritable autorité supra-nationale.

Nous avons indiqué aussi que l'exigence d'un juge de la nationalité de chacune des parties était également un trait de procédure arbitrale.

Par ailleurs, la Cour admet les règles de droit formulées dans un compromis spécial intervenu entre les deux nations en litiges. Nous reconnaissons là un aspect habituel des procédures arbitrales.

D'autre part, le paragraphe final de l'article 38 du Statut stipule que les parties du différend peuvent conférer à la Cour la faculté de statuer *ex æquo et bono* ; c'est bien plutôt là le rôle d'un tribunal arbitral que celui d'une véritable cour de justice.

Nous sommes donc encore en présence d'une cour arbitrale. Mais celle-ci est appelée à se différencier dans la pratique d'un tribunal arbitral par le caractère professionnel de ses juges comme par la continuité de sa jurisprudence (1).

Dans un grand nombre de cas, la Cour joue bien le rôle d'une véritable juridiction, ainsi dans l'affaire Wimbledon qui fut portée devant elle en vertu de la compétence obligatoire que lui confère l'article 386 du Traité de Versailles.

La Cour permanente se rapproche donc d'une cour de justice. Mais une Cour de justice, au sens strict, ne devrait son existence en aucune manière aux parties en cause; elle devrait appliquer un droit universellement accepté et non celui choisi par les parties; enfin elle devrait avoir une juridiction vraiment obligatoire, s'imposant aux nations, sans convention préalable.

**

Mais toutes ces procédures seront impuissantes si les sentences arbitrales ne s'imposent pas rigoureusement aux parties. Tous les progrès seront vains, toutes les réformes stériles, si le droit international, si sa juridiction n'obtient pas les sanctions effectives qui leur ont manqué jusqu'ici. Si l'arbitrage, si le recours juridictionnel, au lieu d'être l'exception, devient la règle, le problème des sanctions prend une importance capitale.

Poser le problème suffit à montrer que le régime juridictionnel ne saurait s'établir dans la société internationale qu'à la suite d'une longue évolution morale et juridique.

Pour nous, nous n'avons prétendu qu'à montrer comment l'arbitrage international a évolué vers une juridiction régulière et comment son histoire se confond avec celle du développement d'un régime juridictionnel dans la société internationale.

(1) BROWN, *Revue de Droit International Public*, 1924, p. 322.

CHAPITRE VIII

EN DROIT OUVRIER : PAR L'ARBITRAGE VERS L'ORGANISATION PROFESSIONNELLE

I

LE RÉGIME DU CONTRAT DE TRAVAIL INDIVIDUEL

A la base du régime industriel tel qu'il existe au cours du XIX^e siècle, nous trouvons le contrat individuel de travail qui règle les rapports de l'ouvrier et du patron. Ce contrat est pour le Code une variété de louage, et des civilistes défendent encore aujourd'hui cette conception : « La chose louée est la force de travail qui réside en chaque personne et qui peut être utilisée comme celle d'une machine ou d'un cheval » (1).

On a montré souvent combien cette assimilation est artificielle et erronée : artificielle car on ne peut séparer une faculté

(1) PLANIOL, *Droit Civil*, tome III, p. 450.

humaine de la personne du travailleur, fausse car économiquement ce n'est pas une durée de travail que rémunère le patron, mais la productivité de l'ouvrier, la valeur du travail fourni.

Devant ces difficultés, de nombreux auteurs ont déclaré sans plus qu'il y avait là un contrat *sui generis*. Peu nous importe d'ailleurs; retenons seulement qu'il s'agit d'un contrat « qui est soumis aux règles du droit commun » (1), et que cette base contractuelle fonde tout le régime du travail.

Et voilà un bien singulier contrat qui n'implique dans la majorité des cas ni la liberté pour l'ouvrier d'accepter ou non, ni la possibilité pour lui d'apprécier les termes du contrat, ni même la pleine connaissance de toutes les clauses. La liberté de discussion n'existe en effet que dans des conditions relatives d'indépendance et d'égalité; celles-ci ne se rencontrent pas dans la plus grande partie du XIX^e siècle; l'ouvrier isolé, sans ressources, est contraint d'accepter le salaire qui lui est offert, quel qu'il soit. Il adhère simplement à des conditions de travail fixées en dehors de lui (2).

La façade légale masque une réalité toute différente. L'individualisme juridique du début du XIX^e siècle ne pouvait concevoir de relations entre individus, sans accord des volontés autonomes; il fallait que tous les rapports économiques fussent régis par la loi du contrat. Les doctrines des juristes rejoignaient l'individualisme des économistes.

Mais la réalité économique, ce sont les conditions de travail imposées par le chef d'entreprise, qui édicte souverainement la loi de l'établissement, au nom de la collectivité des capitalistes qu'il groupe derrière lui; l'ouvrier contraint légalement à l'isolement par la prohibition de la coalition et de l'association, ne peut que s'y soumettre.

On sait par quelle honteuse misère se traduit cet individualisme juridique ainsi mis frauduleusement au service de l'économie libérale, et affolant jusqu'à le fausser radicalement le jeu de l'offre et de la demande de travail.

Il fallait en sortir.

(1) PLANIOL, *Droit Civil*, tome III, p. 452.

(2) HAURION, *Principes de Droit Public*, 135.

JAY, *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1903, p. 30.

SALEILLES, *Déclaration*, p. 229.

DUGUIST, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, p. 60.

GAZIN, *La nature juridique des règlements de travail*, p. 62, 63.

II

VERS UN RÉGIME NOUVEAU

Peu à peu, l'ouvrier isolé, manifestement exploité, sentit le besoin de se réunir à ses camarades salariés, de se coaliser afin de pouvoir discuter avec l'entrepreneur dans des rapports d'égalité les questions relatives aux conditions de son travail.

Progressivement cette action collective s'organise. Elle se manifeste d'abord par la grève, lorsque la loi de 1864 eut enfin reconnu aux ouvriers le droit de coalition. Mais la grève n'est qu'un moyen dangereux et imparfait, une entente occasionnelle entre ouvriers; elle ne suffit pas.

Vingt ans après, l'association devient à son tour licite, sous le nom de syndicat. Mais nous sommes toujours dans le régime du contrat de travail individuel; en se syndiquant l'ouvrier rétablit seulement l'égalité et la liberté des co-contractants. Le syndicat n'a pour arme que la grève, c'est-à-dire le recours désespéré à la force; ce moyen extrême doit se compléter et peu à peu s'effacer devant d'autres modes d'action collective.

Le contrat collectif de travail, c'est-à-dire le régime d'accords pacifiques conclus entre des organisations patronales et des organisations ouvrières est l'aboutissement logique de ce mouvement de réaction contre l'individualisme économique et juridique.

Un régime nouveau du travail s'est ainsi peu à peu constitué, caractérisé d'une part par son aspect collectif, en opposition avec les conceptions théoriques du contrat de travail individuel du Code Civil, et d'autre part par son fondement conventionnel se substituant au bon vouloir patronal. Il serait plus exact de dire qu'un nouveau régime est en formation, car nous sommes en période d'active évolution.

Les différends qui surgissent entre employeurs et employés sont aujourd'hui le plus souvent collectifs et opposent groupements d'entrepreneurs à groupements ouvriers. Pour parvenir

à une solution favorable de ces conflits, les parties recourent généralement à la grève, au lock-out, c'est-à-dire qu'elles comptent sur la force pour obtenir une décision. La grève est le recours à la force; il n'est guère de phénomènes plus caractéristiques de l'anarchie sociale et du stade embryonnaire du nouveau régime du travail à caractère collectif.

La généralisation même des conventions collectives, l'extension du syndicalisme donnent aujourd'hui à la grève une gravité particulière. En effet, elle tend naturellement, comme la convention collective, vers la généralisation, et l'on sait les pertes considérables qu'elle occasionne à l'économie, en même temps que les dangers qu'elle fait courir à l'ordre social.

Il apparaît immédiatement que la grève comme le lock-out dans une organisation professionnelle achevée, devrait normalement faire place au recours à la juridiction compétente. Le règne de la force doit progressivement faire place au règne du droit.

En effet, on a fait bien souvent la comparaison entre la grève ou le lock-out et la guerre; elle est exacte; il s'agit d'un acte de violence pour imposer à l'une des parties sa volonté par la force. Mais un conflit de forces ne se conçoit pas dans une société organisée, où une autorité supérieure impose sa loi et la fait observer par ses tribunaux.

Comment résoudre pacifiquement, juridiquement les conflits collectifs? Tel est le problème capital que pose l'évolution du régime du travail.

Il peut tout d'abord apparaître comme insoluble.

Voici deux groupes d'individus indépendants les uns à l'égard des autres; ils sont en conflit sur une question relative aux conditions du travail. Au premier aspect il n'y a là qu'une question de fait sur laquelle les intéressés ont à s'entendre comme bon leur semble; aucune règle de droit ne semble commander leurs rapports et on ne conçoit pas qu'une juridiction puisse intervenir pour mettre fin au litige.

Pourtant, à un examen plus approfondi, il apparaît que tout un ensemble de dispositions tant légales que conventionnelles limite de plus en plus le domaine de la libre discussion; une coutume sociale est en voie de formation, des modes économiques d'évaluation se dégagent progressivement.

C'est bien là le domaine propre de l'arbitrage.

Et en effet, c'est vers l'arbitrage que l'on s'est orienté comme d'instinct lorsque l'on a voulu prévenir les grèves dans la mesure du possible.

*
**

La loi de 1892 institue une procédure de conciliation et d'arbitrage et la met à la disposition des employeurs et des employés pour faciliter la solution de leurs différends et de leurs conflits collectifs. Mais cette loi n'a aucun caractère obligatoire, employeurs et employés ont toute liberté pour négliger ou refuser la procédure qui leur est offerte.

Avant toute grève, employeurs et employés peuvent prendre l'initiative d'une procédure de conciliation, initiative que le juge de paix transmettra à l'autre partie, celle-ci restant libre d'y accéder ou non. En cas de grève déclarée, à défaut d'initiative des intéressés, le juge de paix invite les intéressés à recourir à la conciliation ou à l'arbitrage; si les parties y accèdent, elles se réunissent en comité de conciliation, si la procédure de conciliation échoue, le juge de paix les invite à une procédure arbitrale. La déclaration des arbitres, d'ailleurs, tout comme celles des Comités de conciliation est dépourvue de force obligatoire et de sanction réelle, la loi s'en remet à la bonne foi des parties et prévoit seulement des mesures de publicité dans le but de saisir l'opinion publique.

*
**

On a coutume de reprocher à cette législation d'avoir confondu les notions de conciliation et d'arbitrage. Certes, l'arbitrage, sous l'influence de son développement en droit international, a pris dans le langage juridique moderne un sens précis, et il y a intérêt à lui restituer son véritable caractère. Mais nous croyons que ce rigorisme des juristes est ici déplacé; la confusion momentanée entre la conciliation et l'arbitrage répond à la réalité; elle est dans la logique de l'évolution.

Certes, l'arbitrage est déjà une juridiction et sa conclusion est une sentence. Elle diffère seulement de la juridiction régulière par sa base conventionnelle; on peut se dispenser d'y

recourir, et la force obligatoire de la sentence ne dérive que du compromis d'arbitrage. Parler de recours obligatoire à l'arbitrage ou d'arbitrage obligatoire, c'est aller immédiatement à la juridiction ; parler de décisions arbitrales facultatives, c'est se contenter de la médiation. Recours facultatif, sentence obligatoire, ainsi se définit l'arbitrage.

Mais entre la médiation et l'arbitrage, comme entre l'arbitrage et la juridiction, des transitions naturelles se conçoivent. D'ailleurs l'arbitrage, dans sa notion exacte, n'est qu'un moment de l'évolution juridictionnelle ; aussitôt atteint, il se trouve dépassé.

Il faut se rappeler que le but nécessaire de toute évolution vers des solutions litigieuses est la juridiction ; mais le régime juridictionnel ne peut être, ici comme ailleurs, que le résultat d'une lente et progressive évolution.

Recours obligatoire, règles fixes de droit, tribunal permanent, sentence obligatoire, tels sont les principaux caractères d'une justice régulière ; c'est vers ces objectifs que doit tendre l'arbitrage, et en étudiant son développement dans ces voies parallèles, nous nous essaierons à montrer quel peut être son rôle en notre matière dans l'évolution judiciaire.

Mais il ne faut pas se dissimuler l'énergique opposition que l'arbitrage rencontrera dans son développement, tant du côté patronal que du côté ouvrier. Le patron répugne à l'arbitrage parce que l'entrepreneur, seul responsable de la marche de l'usine et du sort des capitaux, entend rester le maître. L'ouvrier ne veut pas de l'arbitrage obligatoire, parce qu'il est antinomique avec le droit de grève, et dans la réalité tend effectivement à sa suppression ; comme trop souvent le travailleur n'a pu améliorer son sort que grâce à la grève, certains en ont conclu qu'en dehors d'elle tout progrès était impossible, alors qu'il n'y a là qu'un symptôme d'un état social anarchique.

III

VERS LE RECOURS OBLIGATOIRE

On a toujours pu recourir, pour les conflits du travail comme pour tout autre litige, à l'arbitrage dont traite longuement notre code de procédure. Mais pour faciliter la solution pacifique des conflits collectifs, la loi du 27 décembre 1892 instituait une procédure nouvelle d'arbitrage et une procédure de conciliation. Cependant il ne s'agissait, nous l'avons vu, que de procédures essentiellement facultatives. Néanmoins, la loi de 1892 ne fut pas sans utilité, puisque de 1893 à 1914 les statistiques dénombrent 3.803 recours à la conciliation ou à l'arbitrage, sur 18.245 grèves, soit 20,87 %. C'est encore peu, si l'on ajoute que les conflits les plus graves ou les plus étendus échappent généralement à toute procédure de cet ordre.

On a voulu aller plus loin. Et l'on a parlé d' « arbitrage obligatoire » ; entendons par là recours obligatoire. Mais même ainsi précisé, le terme prête encore à confusion. En réalité, nous devons distinguer. On peut concevoir, d'une part, l'obligation autant que possible préalable à la grève de recourir à une procédure de conciliation, d'autre part la multiplication des compromis d'arbitrage dont la conclusion reste par définition toujours facultative, enfin le recours obligatoire à une juridiction.

Sans doute il ne s'agit nullement, nous l'avons dit, de classification nette ; juridiquement, le recours obligatoire ne se conçoit que pour une tentative de conciliation ou à l'inverse pour une justice régulière. Mais l'arbitrage ne se présente pas dans la réalité avec les contours rigoureux dans lesquels les juristes voudraient l'enfermer ; en s'efforçant de multiplier le recours à des procédures d'arbitrage ou de conciliation, on hâte singulièrement l'avènement d'un régime de droit, et c'est bien l'essentiel ; à condition toutefois que le juriste sache ensuite se dégager de confusions passagères.

**

Emile Olivier, rapporteur de la loi de 1864, demandait déjà qu'avant toute déclaration de grève, soit tenté un essai obligatoire de conciliation devant un conseil de prud'homme. Des nombreux projets de loi s'inspirant de considérations analogues (1), nous retiendrons seulement le dernier en date, celui du 9 mars 1920, qui prévoit une procédure obligatoire de conciliation avant toute cessation du travail et institue des comités permanents de conciliation.

Il s'agit uniquement d'une tentative de conciliation; mais nous aurions tort d'en négliger l'importance, même du strict point de vue qui nous intéresse, celui de l'évolution vers des formes juridictionnelles. En effet on peut concevoir que les recommandations d'un Comité de conciliation s'imposent peu à peu sous la pression de l'opinion publique; d'autre part, la permanence de cette institution, son autorité peuvent créer des règles coutumières, qui hâteront l'avènement d'un régime de droit.

Une seule objection : comment imposer cette obligation d'une tentative de conciliation à la partie employée, étant donné l'irresponsabilité et la fluidité des organisations ouvrières. On ne peut faire tomber cet obstacle qu'en organisant l'autorité du syndicat et sa responsabilité; c'est affaire d'organisation professionnelle.

D'autre part, la question de l'interdiction de toute cessation de travail avant un recours préalable à une procédure de conciliation, est celle plus générale de la réglementation du droit de grève. Nous n'avons pas à la traiter ici; remarquons seulement qu'elle aussi ne peut recevoir de solution juridique satisfaisante en dehors d'une organisation professionnelle adaptée à l'évolution économique et sociale.

(1) Thèse ENGEL, *L'Arbitrage et la Conciliation entre patrons et ouvriers*, Paris, 1908, p. 10 à 30.

*
**

C'est en réalité à la même conception de tentative obligatoire de conciliation que se rattachent les projets dénommés d'arbitrage obligatoire. La procédure envisagée se rapproche si bien de celle de conciliation qu'on ne songe pas à rendre obligatoire la décision qui interviendra; qu'il s'agisse de la recommandation du Comité de conciliation ou de ce que l'on appelle « la sentence arbitrale », ce sont les mêmes modalités de publication qui sont envisagées pour leur assurer une certaine force morale, notamment dans les vœux du Conseil Supérieur du Travail en 1924.

On ne voit pas à quels résultats peut nous conduire pareille procédure, au delà de la conciliation.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le caractère distinctif de l'arbitrage est d'être une juridiction conventionnelle. C'est donc en multipliant ces conventions de compromis que l'on peut espérer multiplier les recours à l'arbitrage, et par eux nous acheminer progressivement vers une juridiction régulière.

Comme en droit international, le compromis occasionnel doit faire place à un engagement antérieur de soumettre tous litiges éventuels à l'arbitrage.

Il est particulièrement significatif de voir se généraliser l'emploi des clauses compromissoires dans les conventions collectives expressément autorisées par la loi de 1919 (art. 31 x). Dès 1921, 45 conventions sur 345 organisent une procédure d'arbitrage pour trancher les contestations qui pourraient résulter de l'application du contrat.

Mais il faut que non seulement l'acceptation des parties de se soumettre à l'arbitrage, mais encore le choix des arbitres précède tout conflit.

*
**

Dans d'autres cas, au contraire, dénommés à tort « d'arbitrage obligatoire », il s'agit en réalité déjà d'une véritable juridiction.

Il en est ainsi pour les conflits entre les Compagnies de navigation et les inscrits maritimes. Le recours obligatoire en

cas de conflits devant les Commissions Supérieures d'arbitrage n'est pas fondé sur une convention préalable des parties, mais sur la loi. Sans doute on peut dire que nous sommes en présence d'un tribunal constitué par les parties, mais le Sous-Secrétaire à la Marine Marchande qui fait office d' « arbitre départiteur », tient ses pouvoirs de la loi, et non pas d'un libre choix des parties.

Il en est de même pour le recours au tribunal arbitral institué par la loi du 25 octobre 1920 pour le régime des différends d'ordre collectif entre les Compagnies de chemins de fer d'intérêt général et leur personnel.

De même encore dans le recours obligatoire aux Commissions permanentes dites de conciliation et d'arbitrage instituées pendant les hostilités pour les usines de guerre, il y a bien là véritable juridiction et non pas procédure arbitrale.

IV

VERS DES RÈGLES FIXES DE DROIT

Quelle que soit d'ailleurs la voie par laquelle la solution des litiges s'oriente vers la juridiction, celle-ci suppose au préalable une réglementation édictée soit législativement, soit conventionnellement par les représentants qualifiés du patronat et des salariés; c'est-à-dire que le régime juridictionnel ne peut être en notre matière que le résultat d'une lente et progressive évolution.

Mais déjà l'action parallèle de la loi et de la convention collective créent progressivement toute une réglementation. De plus en plus, d'ailleurs, la véritable législation du travail ne se trouve pas tant dans les lois ouvrières votées par le Parlement qui ne sont que le cadre dans lequel se meut la discipline juridique effective du travail; mais plutôt dans les contrats collectifs. Certes, la loi de 1919 ne leur reconnaît pas encore la portée de règlements; mais la loi s'efforce d'étendre les stipulations des contrats collectifs aux tiers; la publicité exigée est l'embryon d'un mécanisme de promulgation; de plus en plus dans la pratique, on tend à leur donner une souveraineté territoriale. Il est dès maintenant un ensemble considérable de conditions du travail qui sont soustraites logiquement au règne de la force et relèvent d'une juridiction.

Il y a plus, et là apparaît tout spécialement le rôle de l'arbitrage. D'une part, la coutume, d'autre part une certaine conscience sociale, tendent à imposer certaines exigences d'équité dans la fixation des conditions du travail ainsi que le démontre le rôle de la sympathie publique dans les grèves. Les mouvements d'opinion qui ont abouti à la limitation de la durée du travail, à la semaine anglaise, au salaire minimum dans quelques industries, sont bien des phénomènes symptomatiques de l'existence de cette conscience sociale.

Cette formation d'une conscience sociale correspond à une évolution économique. Plus l'économie sort du domaine de

l'individualisme anarchique pour s'organiser, plus la notion de salaire tend à se préciser, à échapper à l'arbitraire. De plus en plus, par le fait des Conventions collectives entraînant libre discussion à conditions égales, le marché du travail tend à réaliser ce que l'on appelle l'équilibre économique; cet équilibre suppose une répartition suivant les lois de la valeur et de la productivité (1).

Cette notion de la productivité du travail est encore entourée sans doute de bien des incertitudes; mais dès maintenant on peut affirmer qu'elle n'est pas impossible à évaluer; par le jeu de la Convention collective, les approximations se précisent, les ajustements se font plus exacts. La valeur du travail de l'ouvrier n'est déjà plus quelque chose d'absolument indéterminée, elle se précise d'une part par la voie des conventions collectives, de l'autre par les modes nouveaux d'établissement du salaire, travail aux pièces, etc... qui apportent des bases sérieuses pour l'évaluation de la productivité ouvrière. Ainsi le salaire tend à se fixer objectivement d'après des considérations économiques.

L'essentiel est en effet de dégager peu à peu des règles fixes de répartition fondées sur la productivité de l'ouvrier. La principale difficulté provient de ce que les moyens dont les entreprises d'une branche quelconque de l'industrie disposent, diffèrent souvent dans des proportions considérables. Il faut dégager une productivité moyenne; c'est bien ce que font les conventions collectives, et nous sommes dans la logique du mouvement de concentration industrielle et d'organisation professionnelle.

Ce travail d'élaboration est affaire et de la médiation et des compromis d'arbitrage, et d'un pouvoir réglementaire confié aux associations professionnelles et de la loi.

On comprend ainsi comme il est souhaitable que se multiplient sans plus attendre les recours à l'arbitrage et à la conciliation. D'ailleurs le développement des conventions collectives date surtout de la loi de 1892; la conciliation est constatée par un procès-verbal qui n'est autre chose, le plus souvent, qu'une convention collective. Ces procédures multiplient les accords

(1) Notamment CLARK, *Principes d'Economie dans leur application aux problèmes modernes*, Traduction Oualid, Paris, 1911, p. 130 et suivantes.

parce qu'elles impliquent la représentation légale des collectivités.

Le rôle des conventions collectives apparaît ainsi essentiel. En se généralisant, elles étendent singulièrement le domaine de la juridiction.

Il faut compléter leur action par l'établissement de règles de clarté et de publicité dans les rapports économiques, c'est affaire d'une économie organisée de la Nation. Nous pouvons comprendre l'importance de cette publicité par le jeu actuel des commissions du coût de la vie.

**

Mais si nous examinons de plus près les causes de conflits collectifs et plus spécialement de ceux les plus fréquents relatifs aux taux des salaires, nous constatons que le plus souvent le différend porte non point sur l'interprétation ou l'application des règles en vigueur, mais sur leur modification.

D'une part il faut chercher à rendre les conflits de cette nature de plus en plus rares, par une réglementation très souple des conditions du travail; d'autre part, lorsque pourtant ces conflits éclatent, le pouvoir juridictionnel ne peut plus jouer parce qu'il n'y a pas à rendre le droit; mais alors doit intervenir le pouvoir réglementaire appartenant à la profession organisée, à moins que les parties ne précisent elles-mêmes les règles à appliquer dans un compromis d'arbitrage.

Prenons des exemples. Les principales causes de conflits touchant au taux des salaires (1) se ramènent dans l'ensemble à deux catégories :

1° Modification du prix de la vie. On conçoit les conventions collectives prévoyant un ajustement automatique des salaires en cas d'une hausse ou d'une baisse déterminée du prix de la vie. Ces conflits peuvent toujours donner lieu à juridiction. Citons comme exemple l'accord intervenue pour l'industrie textile de la Région Roubaix-Tourcoing en mars 1920; la convention collective admet le principe suivant « ...A l'avenir, les

(1) D'octobre 1923 à octobre 1925, 1740 grèves sur 2121, soit 86 %, ont eu pour cause une question relative au taux des salaires. (Voir *Bulletin du Travail*, 1924-1925).

salaires seront modifiés d'après les variations des cours des denrées constatées à partir de mars 1920 par la commission officielle » (1).

2° Modification intervenant dans la productivité du travail par suite d'un enrichissement général augmentant la quantité de capitaux disponibles, d'une prospérité plus grande de l'industrie, de progrès techniques, d'une valeur plus grande de l'ouvrier; ou au contraire par suite de facteurs inverses. Il apparaît que ce sont là des éléments d'appréciation qu'il est possible de déterminer peu à peu, d'abord suivant des approximations, puis selon des règles fixes; cette détermination, cette précision progressive est essentiellement le rôle des conventions collectives et des compromis d'arbitrage.

En Norvège, où l'institution arbitrale a fonctionné de longues années, les nombreuses sentences prononcées par le tribunal d'arbitrage en 1920 et en 1922 se sont toutes inspirées des tendances générales de la vie économique. Ainsi les décisions prises en 1920 à une époque où la situation industrielle était prospère, furent à l'avantage des travailleurs, tandis que les sentences prononcées en 1922 en pleine crise, aboutirent à des réductions considérables des salaires (2).

(1) *Temps* du 2 avril 1920.

(2) CASTBERG, *L'Arbitrage obligatoire en Norvège*, p. 23 et suivantes. *Revue Internationale du Travail*, janvier 1925.

V

VERS UN TRIBUNAL PERMANENT

A côté du pouvoir réglementaire appartenant essentiellement à la profession organisée, on aperçoit ainsi le rôle d'une juridiction arbitrale pour l'élaboration des règles de droit; un tribunal permanent faisant jurisprudence peut contribuer dans une large mesure au développement juridique. D'autre part, l'existence de semblable tribunal facilite la conclusion des compromis, et rend plus aisée une procédure arbitrale.

De là l'utilité des procédures organisées législativement, telle que celle instituée par la loi de 92 encore qu'elle ait montré son insuffisance.

Mais il ne s'agit là que de tribunaux occasionnels. La grosse lacune de la loi de 92 est l'absence d'institutions permanentes de conciliation et d'arbitrage; il faut constituer à l'occasion de chaque conflit le bureau de conciliation et de jugement. Or ce qui importe, c'est mettre à la portée des intéressés un organe toujours prêt à se saisir de leurs différends.

On peut viser à ce résultat, soit en réorganisant les prud'hommes suivant le type allemand et en leur confiant, sous certaines conditions, la connaissance des conflits collectifs, soit en constituant pour chaque profession des commissions mixtes, comme tendait à le faire le projet Millerand par les conseils d'usine.

C'est vers cette dernière solution que l'on s'est dirigé et pendant la guerre, et avant dans la marine marchande, et dans les chemins de fer.

Et l'on semble d'accord pour souhaiter sur cette base, dans chaque profession l'institution sur cette base d'un véritable tribunal arbitral disposant de l'autorité et de la compétence nécessaire.

Certes il ne peut s'agir que de tribunaux facultatifs; en effet, beaucoup de conflits se terminent par l'intervention amiable de tiers, notamment des autorités ou des syndicats; il convient

de laisser aux parties toute latitude pour choisir comme bon leur semble le conciliateur ou l'arbitre.

On conçoit ces tribunaux institués par profession suivant le modèle du Conseil Syndical mixte qui existe depuis 1873 dans la Papeterie et qui constitue un véritable comité de conciliation, ou de la Commission mixte créée en 1895 par la Fédération Nationale du Livre et l'Union des Maîtres-Imprimeurs de France.

L'exemple le plus significatif nous est donné par les Conseils Whitley organisés depuis 1919 en Angleterre, sur une base professionnelle; ces conseils sont susceptibles de se transformer en vertu d'un accord des parties, en conseils d'arbitrage, et ils ont rendu dans ces fonctions les plus grands services. Il y aurait tout avantage à constituer en France dans chaque branche d'industrie des Conseils permanents sur ce modèle.

VI

VERS LA SENTENCE OBLIGATOIRE

C'est en cette voie que les progrès les plus considérables restent à réaliser.

On sait la sanction morale que la loi de 92 et le projet de loi de 1920 s'efforcent de donner à la conciliation et à l'arbitrage, en assurant à la recommandation et la sentence une large publicité. Cette sanction morale n'est pas à dédaigner; on conçoit que les recommandation d'un comité de conciliation s'imposent peu à peu sous la pression de l'opinion publique.

Malgré le caractère facultatif de la sentence, de 1873 à 1914, 1.727 grèves sur 3.803, soumises à l'arbitrage et à la conciliation, se sont terminées grâce à elles, soit une proportion de 47 % (1).

Toutefois, le caractère facultatif de la sentence est contradictoire, on ne conçoit guère que les parties puissent récuser la sentence qu'elles ont provoquée; la seule signature du compromis devrait impliquer logiquement l'obligation de se conformer à la sentence arbitrale.

Alors que l'on parle de recours obligatoire à l'arbitrage même dans les projets Lafarge et Chabrun on ne trouve pas les dispositions nécessaires pour imposer la solution arbitrale aux deux parties en litige (2). Le projet de loi de 1920 ne prévoit pas que la sentence sera obligatoire; mais pour les industries d'intérêt public, on arrive indirectement à rendre la sentence obligatoire par le droit de réquisition dont est armé le gouvernement, mais ce n'est qu'indirectement et par une procédure exceptionnelle (3). Nous sommes donc là en présence d'une conception bâtarde qui parle d'arbitrage obligatoire sans oser en porter la conclusion logique : le respect de la sentence. Dans les cas où elle paraît s'imposer, on lui donne comme succédanés des

(1) Rapport LAFARGE, *Documentis Parlementaires*. Ch. des Députés, douzième législature, session de 1920, n° 1.478.

(2) Id., p. 90, 91.

(3) Id., p. 94.

moyens gouvernementaux n'appartenant qu'aux périodes anormales (1).

Dans une organisation sociale juridiquement conçue, la sentence arbitrale devrait être obligatoire, de même que pendant les hospitalités pour les usines de guerre, les décisions des commissions permanentes de conciliation et d'arbitrage devenaient exécutoires après avoir été homologuées par les soins du ministère de l'armement et après affichage dans les ateliers.

Mais pour que la sentence soit obligatoire, il faut qu'elle puisse être imposée aux deux parties. Le problème des sanctions est aussi difficile à résoudre dans notre domaine que pour l'arbitrage international. C'est dans l'organisation professionnelle, complétée par la pleine responsabilité syndicale, que peut en être trouvée la solution.

(1) SCELLE, *Droit Ouvrier*, Paris, 1922, p. 60.

VII

POUR L'ARBITRAGE ET AU-DELA DE L'ARBITRAGE
VERS L'ORGANISATION PROFESSIONNELLE

Au terme de cette étude rapide, l'organisation professionnelle nous apparaît ainsi comme la condition primordiale du développement d'une juridiction des conflits collectifs de travail. Le progrès de l'arbitrage ouvrier, comme celui parallèle de la Convention collective, est fonction de l'organisation professionnelle.

En Norvège, l'arbitrage ne fut possible que lorsque l'organisation professionnelle fut achevée. Une fédération des associations patronales groupe les employeurs du pays tout entier (den Norske Arbeidsgiverforening) et les divers syndicats ouvriers se sont réunis en syndicats nationaux qui, à leur tour, forment la Fédération des Syndicats (Arbeidernes Faglige Lands organisation) avec un secrétariat collectif. Depuis de nombreuses années déjà des conventions collectives commandent à toute l'activité économique (1).

Cette organisation professionnelle suppose que la sentence arbitrale ainsi que la convention collective s'imposent non seulement à tous les syndiqués, mais à toute la profession. « Le règlement professionnel du travail, pour être efficace, doit émigrer du domaine du droit privé sur celui du droit public, et délaisser le prototype du contrat de travail pour celui du règlement ». (2).

Le syndicat est déjà l'organe représentatif des intérêts professionnels à l'égard des pouvoirs publics, du moins dans le domaine de l'activité judiciaire; il est en voie de devenir une

(1) Revue international du Travail de janvier 1925 : CASTLERG, *L'Arbitrage obligatoire en Norvège*, p. 16.

(2) SCELLE, dans le *Salariat nouveau*, n° de février 1923.

institution (1). Sans doute la loi du 25 mars 1919 ne semble-t-elle pas confirmer cette évolution; et pourtant nul ne saurait nier que depuis la loi se poursuive la tendance de la Convention Collective de travail vers le règlement (2).

Organisation, Institution, Règlementation, Juridiction ; on ne saurait isoler ces quatre principes, lorsqu'on étudie l'évolution du régime du travail.

Le régime juridictionnel ici encore ne peut se présenter que comme le terme et le couronnement de tout un mouvement constructif. Mais dans ses formes inachevées de l'arbitrage, la juridiction peut aider singulièrement à cette évolution.

(1) BRÉTHE, thèse Bordeaux 1921 : *De la Nature juridique de la Convention collective de travail*, p. 189.

CUCHE, *La Législation du Travail et les Transformations du Droit*, dans le 4^e cahier de la *Nouvelle Journée*, p. 188-190.

(2) EBLÉ, *Le Développement juridique et social de la Convention collective du Travail aux Editions Spes*, 1923, p. 126 à 141.

CHAPITRE IX

LES DÉVELOPPEMENTS NOUVEAUX DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Par l'Arbitrage vers une Juridiction Commerciale Professionnelle

I. — L'ARBITRAGE FORCÉ

Nous avons dit que les tribunaux de famille et les nombreux cas d'arbitrage forcé introduits par la législation révolutionnaire avaient été abolis par la loi du 9 Ventôse an IV.

Mais l'article 51 du Code de Commerce conservait pour les sociétés de commerce la règle de l'arbitrage forcé. Les tribunaux saisis d'une contestation entre associés devaient se dessaisir d'office et renvoyer les parties à se pourvoir en nomination d'arbitres. D'après la jurisprudence et à très juste titre, semble-t-il, les arbitres forcés avaient un caractère public. En réalité l'arbitrage forcé est une juridiction qui fait partie de l'ensemble de l'organisation judiciaire, bien plutôt qu'un arbitrage privé (1).

On sait que l'arbitrage forcé fut aboli par la loi du 17 juillet 1856.

(1) BENCENNE, *Procédure*, t. VIII.

II. — L'ARBITRAGE PRIVÉ

L'arbitrage volontaire est donc le seul qui subsiste aujourd'hui. On ne conçoit guère que la liberté de compromettre soit refusée aux parties. Cependant lors de la rédaction du code de procédure, on débattit la question de savoir si l'on conservait ou si l'on supprimerait les arbitres privés (1).

L'arbitrage du Code de Procédure a bien conservé sa nature juridique (2). Son principe réside toujours dans le consentement des parties. Le recours arbitral suppose nécessairement un compromis, c'est-à-dire une convention librement formée de s'en remettre à des arbitres du jugement d'une contestation.

Ces arbitres sont bien des juges; leur sentence munie de l'exequatur aura la valeur et produira les effets d'un jugement. Mais l'autorité de cette sentence est fondée sur la convention préalable des parties, et non pas sur la qualité des arbitres qui ne sont aucunement des magistrats.

C'est au compromis qu'il faudra se reporter pour connaître l'objet du litige et le jouvoir conféré aux arbitres.

En principe, ceux-ci doivent suivre la procédure judiciaire habituelle et prononcer en appliquant les règles du droit; mais la loi autorise les parties à dispenser les arbitres et des formes ordinaires de la procédure (exception faite des formalités substantielles) et même de l'application des règles du droit au fond de l'affaire. Nous sommes alors en présence des arbitrateurs ou des amiables compositeurs de l'ancien droit.

Nous n'avons point ici à entrer dans les détails de réglementation. Si on lit les textes touffus du Code de Procédure sous le Titre des Arbitrages, on est frappé de la multiplicité des prescriptions, de l'accumulation de précautions, dont le législateur a entouré l'institution (3).

(1) LOCRÉ, *Esprit du Code de Procédure*, t. IV, p. 345.

(2) GARSONNET, *Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale*, édition 1925, t. VIII, p. 450 et 648,

Thèse ROSCHER, Paris, 1907.

(3) BONCENNE, *Procédure*, t. VIII, p. 425.

Aussi l'arbitrage n'apparaît guère répondre à son but, celui d'être une juridiction simplifiée, plus rapide et moins coûteuse.

Il suffit d'ailleurs de consulter les recueils de jurisprudence pour voir que cet arbitrage fait naître un grand nombre de procès. Aussi a-t-on proposé d'écarter une bonne partie de la réglementation superflue qui entrave son fonctionnement (1).

Etroitement règlementé, l'arbitrage n'est pas une juridiction indépendante; l'arbitre ne juge pas en dernier ressort, et l'on peut toujours appeler de sa sentence.

Ainsi ce tribunal, quoique ayant conservé le fondement conventionnel qui caractérise l'arbitrage, fait partie de l'ensemble de notre organisation judiciaire; le tribunal des arbitres n'apparaît que comme une juridiction exceptionnelle ayant ses formes spéciales et des attributions restreintes.

D'ailleurs, on ne saurait nier que les arbitres sont revêtus d'un certain caractère public; ne procèdent-ils pas à des mesures d'instruction, ne dressent-ils pas des actes que la jurisprudence considère comme faisant foi jusqu'à inscription de faux ?

(1) GARSONNET, *ibid.*, p. 640 et suivantes...

III. — LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Le Code de procédure avait cherché à maintenir dans d'étroites limites la liberté pour les parties de compromettre. Sur bien des points, la jurisprudence a considérablement étendu la liberté de compromettre.

Mais la tendance restrictive l'a emporté à l'égard des clauses compromissoires. D'après la jurisprudence française, à l'inverse de la jurisprudence belge, et conformément à un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 1843, la clause compromissoire est nulle parce que les parties ne peuvent naturellement indiquer à l'avance l'objet d'un litige éventuel.

La clause compromissoire n'était donc autorisée, jusqu'à ces derniers mois, qu'en matière d'assurance maritime (article 331 du Code de Commerce). Sans doute, le législateur a-t-il pensé que les contestations naissant du contrat d'assurances maritimes étant toujours à peu près de la même nature, les parties qui y stipulaient la clause compromissoire pouvaient à l'avance comprendre la partie de leur convention. Si l'une des parties refuse après avoir souscrit cette clause de concourir à la désignation de l'arbitre, celui-ci est nommé par le tribunal de première instance.

La non validité de la clause compromissoire fut depuis plusieurs années maintes fois dénoncées par les associations de commerçants comme préjudiciable à leurs intérêts. C'est en effet en matière commerciale que l'arbitrage tend aujourd'hui à prendre un nouveau développement en droit interne.

Le commerce a son langage à part, ses usages parfois compliqués. Il faut des hommes dès longtemps initiés à en saisir les nuances délicates. C'est là une exigence que l'on a toujours reconnue et consacrée, en organisant des juridictions commerciales spéciales.

Mais de plus en plus le commerce se spécialise; sa complexité s'accroît. Les juridictions commerciales elles-mêmes ne répondent plus toujours aux besoins; ce seront des hommes de chaque branche du commerce qui seront le mieux à même de

connaître les litiges de telle catégorie déterminée de négociants; suivant même la nature du litige, ce seront tels ou tels spécialistes qui seront seuls compétents.

Il y a là un exemple de la réaction évidente aujourd'hui de « l'homme technique contre l'homme qui se dit apte à connaître et à juger de tout, du professionnel contre le non-professionnel, de l'homme spécialisé contre le non-spécialisé » (1).

Les groupements commerciaux les plus importants se sont déclarés favorables à la liberté de la clause compromissoire, notamment le Syndicat Général de la Bourse de Commerce de Paris, la Confédération de la Production Française, l'Association nationale de la Meunerie Française, la Semaine du Commerce Extérieur, etc... (2).

Nous sommes donc en présence d'une prédilection générale dans le monde des affaires pour l'arbitrage; et il semble évident que semblable procédure réponde en matière commerciale aux conditions économiques modernes. Un fait est certain : l'interdiction de prévoir dans les contrats. Le recours à l'arbitrage a été nuisible à notre commerce.

La validité de la clause compromissoire est d'ailleurs reconnue depuis longtemps dans la plupart des pays du monde, notamment en Angleterre, aux Etats-Unis, en Allemagne, en Italie.

En France, le Sénat a adopté, le 31 décembre 1925, une proposition de loi Louis Dreyfus votée dès 1908 à la Chambre, qui reconnaît la validité de la clause compromissoire en matière commerciale. Cette loi consacre une évolution remarquable dont on ne saurait exagérer l'importance.

Pour la suite à donner à la clause compromissoire qu'elles ont inséré dans leur contrat, les parties ont à se conformer aux règles posées par les articles 1.004 et suivants du Code de procédure civile; en particulier l'appel de la sentence arbitrale devant les tribunaux ordinaires est de droit, à moins que les parties n'y aient renoncé par convention expresse.

On peut prévoir que la loi du 31 décembre 1925 donnera une nouvelle extension aux arbitrages commerciaux. Il n'est pas

(1) DEMAGUE, *Les Notions fondamentales du Droit privé*, Paris. Rousseau, 5911.

(2) Voir dans article LOUIS DREYFUS : *La Clause compromissoire*, p. 724. *Revue Politique et Parlementaire* du 10 décembre 1925, p. 370 et suivantes.

prématuré non plus d'escompter l'organisation de véritables juridictions professionnelles.

En Angleterre, la « London Corn Trade Association » est réputée non seulement pour les contrats imprimés issus de ses règlements, auxquels on recourt presque universellement dans ce genre de commerce, mais aussi par ses arbitrages; le recrutement parfait de ses arbitres, dont la probité, la compétence, le bon marché sont indiscutés, lui attire beaucoup de litiges internationaux.

On sait le rôle considérable joué par le Syndicat Général de la Bourse de Commerce de Paris. Dernièrement, Louis Dreyfus montrait quelle avait été l'activité féconde des associations commerciales, des syndicats professionnels au lendemain de la reconnaissance de validité de la clause compromissoire :

« Ces institutions sont faites pour résoudre pacifiquement et à peu de frais, suivant les règles et les coutumes commerciales, les litiges évoqués devant elles; leur fonction est déjà et sera de plus en plus d'arbitrer d'une part, de légiférer de l'autre, c'est-à-dire d'élaborer par la collaboration de tous les intéressés, des règlements généraux qui constitueront comme une sorte de charte du commerce et de l'industrie. Elles auront à rédiger des contrats-types qui serviront de base aux transactions où se trouveront prévues et précisées la plupart des difficultés futures » (1).

Si ces prévisions se réalisent, l'arbitrage de notre Code de procédure aura servi à créer toute une organisation juridictionnelle professionnelle.

**

Plus encore peut-être qu'en droit interne, l'arbitrage commercial a un rôle considérable à jouer dans les rapports internationaux. Le commerçant étranger ne sait souvent pas quel est le tribunal compétent, ni comment faire exécuter la sentence; la procédure d'exequatur ne va pas sans complication. La crainte d'avoir à affronter éventuellement au tribunal d'un autre pays entrave sérieusement les relations commerciales.

(1) LOUIS DREYFUS, *La Clause compromissoire*, conférence faite au 32^e Congrès de la Meunerie (octobre 1925, p. 16) à l'Association Nationale de la Meunerie Française.

D'autre part, les usages tendent de plus en plus à s'uniformiser, à s'internationaliser pour le commerce extérieur, malgré les législations différentes.

On peut donc concevoir comme utile et réalisable une véritable juridiction commerciale internationale. Mais ici encore bien des obstacles d'ordre moral et juridique s'opposent à pareille innovation. L'arbitrage en tient lieu déjà dans une large mesure.

La non-validité de la clause compromissoire en France a porté un grave préjudice à nos négociants dans le domaine des transactions internationales. Depuis longtemps la clause compromissoire était en effet valable dans presque tous les pays étrangers, et l'usage en est courant dans le commerce international, où les litiges sont fréquemment soumis à des arbitres recrutés par de grandes associations professionnelles particulièrement qualifiées. Du fait que les tribunaux de son pays ne reconnaissaient pas la validité de cette clause, le négociant français risquait de s'en voir refuser le bénéfices par les étrangers, sous prétexte qu'ils pouvaient toujours s'y dérober en invoquant la jurisprudence de ses tribunaux nationaux (1).

La Grande-Bretagne, au contraire, peut être considérée comme la patrie de l'arbitrage; les commerçants anglais sont ceux qui ont le plus fréquemment recours à cette procédure. Or les arbitres de Londres ont particulièrement à juger non seulement les litiges entre commerçants anglais, mais même des litiges entre leurs compatriotes et des étrangers. Dans un certain nombre de commerce essentiellement internationaux, la clause d'arbitrage à Londres est devenue de style.

Depuis la fin de la guerre, les milieux économiques s'appliquent à généraliser de plus en plus la pratique de la clause compromissoire dans les marchés internationaux. C'est ainsi que la Chambre de Commerce Internationale fondée et dirigée par M. Clémentel s'est déclarée résolument favorable à l'usage de la clause arbitrale (2).

Ces progrès de l'arbitrage commercial international ont conduit la Société des Nations à s'en préoccuper pour aider à son développement. L'Assemblée de 1923 décida d'ouvrir à la signa-

(1) *Le Temps* du 11 janvier 1926.

(2) Joseph BARTHÉLEMY, *Revue du Droit International Public*, 1925, p.

ture des Etats un protocole préparé par le Comité Economique et qui fut voté à Genève par les représentants de 26 nations.

En adhérant à ce protocole, les Etats reconnaissent la validité de la clause compromissoire, même si l'arbitrage doit avoir lieu à l'étranger. Les Etats peuvent d'ailleurs restreindre cette reconnaissance de validité aux contrats considérés comme commerciaux par leur droit national. La procédure arbitrale devra être réglée et par la volonté des parties, et par la loi du pays où a lieu l'arbitrage. Chaque Etat s'engage à assurer l'exécution des sentences arbitrales rendues sur son territoire.

Quatorze nations ont déjà adhéré au protocole; l'adhésion de la France ne saurait tarder, une proposition de loi en ce sens ayant été déposée au Sénat.

Pratiquement d'ailleurs, dès aujourd'hui, des institutions assurent le fonctionnement de l'arbitrage commercial international. La plus importante est la Chambre de Commerce Internationale dont on sait l'importance, qui propose l'insertion dans les contrats de la clause compromissoire suivante : « Tous différends découlant du présent contrat seront arbitrés suivant le règlement de la cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale » (1).

La Chambre a en effet créé une Cour d'arbitrage qui comprend par pays huit à dix membres choisis parmi les personnalités éminentes du monde économique; l'un de ces membres réside à Paris et siège au Comité exécutif de la Cour d'arbitrage. La Cour fixe le lieu de l'arbitrage; autant que possible elle choisit le pays du défendeur, afin d'obtenir éventuellement avec plus de facilité l'exequatur en justice. La Cour nomme l'arbitre, parmi les personnalités compétentes et pour obtenir son impartialité d'une nationalité autre que celle des deux parties. La Cour fixe aussi le délai imparti à l'arbitre pour prononcer sa sentence; celle-ci est rendue au nom de la Cour d'arbitrage.

On comprend que la Chambre, outre son autorité incontestable, dispose de moyens puissants pour contraindre la partie perdante à une exécution amiable; aussi jusqu'à présent toutes les sentences arbitrales rendues en son nom ont été exécutées de bon gré et sans délais. D'ailleurs, les arbitres observent

(1) Documents de la Chambre de Commerce International, rue Jean-Goujon, Paris (8°).

toutes les formes légales de procédure, afin de pouvoir au besoin obtenir sans difficulté force exécutoire des tribunaux.

L'autorité de la Chambre, sa procédure, la jurisprudence qui se dégagera des sentences, concourent à faire de l'institution de sa Cour l'Arbitrage plus qu'un simple arbitre privé. Nous sommes déjà en présence, en quelque sorte, d'une juridiction officieuse.

Il n'est pas prématuré de voir là le principe d'un véritable tribunal de commerce international. Une fois de plus, l'arbitrage aura servi à créer une organisation juridictionnelle.

VU :

Le Président de thèse,

PILLET.

VU :

Le Doyen,

BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur

de l'Académie de Paris,

LAPIE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Généralités

- CAPITANT. — *Introduction à l'Etude du Droit civil*, 4^e édition, Paris, 1922.
- COURCELLES-SENEUIL. — *Préparation à l'Etude du Droit*, Paris, 1887.
- DUGUI. — *La fonction juridictionnelle; Revue de Droit public et de la science politique*, 1921.
- ESMEIN. — *Quelques renseignements sur l'origine des juridictions privées. Mélanges d'Archéologie et d'Histoire*, 1886.
- IEHRING. — *L'Evolution du Droit*, traduction, Paris, 1901.
- JANET. — *Histoire de la Science politique dans ses rapports avec la Morale*, Paris, 1887, 2^e édition, 2 volumes.
- SPENCER. — *Principes de Sociologie*, traduction, Paris, 1878-1887, 4 volumes.
- SUMMER-MAINE. — *L'Ancien Droit*. Traduction Courcelles-Seneuil, Paris, 1874.
- SUMMER-MAINE. — *Etude sur l'Ancien Droit et la Coutume primitive*, traduction, Paris, 1884.
- DE TARDE. — *Les Transformations du Droit*, Paris, 1893.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les Principes fondamentaux du Droit*, Paris, 1889.

II. — Sociétés primitives

- Anonyme. — *Les Débuts d'un Protectorat; la France en Tunisie*. Revue des Deux-Mondes, 1887.
- D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. — *Des Attributions judiciaires de l'Autorité politique chez les Celtes*. Revue Celtique, 1886.
- D'ARBOIS DE JUBAINVILLE et GLASSEN. — Revue critique, 1887.
- D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. — *Le Duel conventionnel en Droit Irlandais et chez les Celtibériens*. Nouvelle Revue historique du Droit, 1889.
- DARESTE. — *Etude d'Histoire du Droit*, Paris, 1889.
- DARESTE. — *Nouvelles Etudes d'Histoire du Droit*, Paris, 1902-1906, 2 volumes.

- DARESTE. — *Journal des Savants*, mars 1893.
- DECLAREUIL. — *La Justice dans les Coutumes primitives*; Nouvelle Revue Historique du Droit, 1889.
- DECLAREUIL, COMBES et TAMISSIER. — *Voyage en Abyssinie*, Paris 1875, 3 volumes.
- DENIS. — *Histoire des Théories et des Idées morales dans l'Antiquité*, Paris 1885, 2 volumes.
- Abbé DUBOIS. — *Païtcha Zantia*, Paris 1872.
- FUSTEL DE COULANGES. — *De l'Organisation judiciaire dans le Royaume des Francs; Recherches sur quelques problèmes d'Histoire*, Paris, 1885.
- FUSTEL DE COULANGES. — *L'Organisation judiciaire*. Revue des Deux-Mondes, T. XCII.
- GLOTZ. — *Solidarité de la Famille dans le Droit criminel de la Grèce*. Paris 1904 .
- HANOTEAU et LETOURNEUX. — *La Kabylie et les Coutumes Kabyles*, Paris 1872, 3 volumes.
- IEHRING. — *Les Indo-Européens avant l'Histoire*, traduction, Paris 1894.
- KOENIGSWARTER. — *Le Développement de la Société humaine*, Paris 1850.
- KAVALEVSKI. — *Coutumes contemporaines et Lois primitives*, traduction, Paris, 1872.
- SUMMER-MAINE. — *Institutions primitives*, traduction, Paris 1880.
- MASPERO. — *Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient*, Paris 1895-1899, 3 volumes.
- VINAGRAFF. — *Principes historiques du Droit*, Paris 1924.

III. — Epoque Romaine

- ACCARIAS. — *Précis de Droit romain*, Paris, 4^e édition, 2 volumes.
- COCHE. — *De l'Arbitrium judicis dans les actions réelles civiles*, Paris 1892, thèse.
- COLLINET. — *La nature originelle de la litis-contestation*. Nouvelle Revue Historique du Droit, Paris 1902.
- CRÉMIEUX. — *La Justice privée*, Paris 1908, thèse.
- CUQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*, Paris 1891, 2 vol.
- DECLAREUIL. — *La Justice dans les coutumes primitives*. Nouvelle Revue Historique du Droit, 1889.
- DECLAREUIL. — *Rome et l'Organisation du Droit*, Paris 1924.
- ESMEIN. — *La nature originelle de l'action rei uxoriæ*. Nouvelle Revue Historique du Droit, 1893.
- GIRARD. — *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris 1901, 2 volumes.
- GIRARD. — *Manuel de Droit Romain*, Paris, édition 1918.
- IEHRING. — *Esprit du Droit Romain*. Traduction Meulenaere. Paris, 1886, 3^e édition, 4 volumes.

- IEHRING. — *Histoire du développement du Droit Romain*. Traduction. Paris 1900
- JOBÉ-DUVAL. — *Etude sur l'Histoire de la procédure civile chez les Romains*, Paris, 1896.
- LABBÉ. — *De la Stipulation de peine*. Paris. Thèse.
- MOMMSEN. — *Histoire Romaine*. Traduction Alexandre, Paris, 1900.
- MOMMSEN. — *Le Droit public Romain*. Traduction Girard. Paris, 1922.
- PITOIS. — *Etude sur l'Arbitrium judicis*. Paris, 1887, thèse.
- SAVIGNY. — *Traité de Droit Romain*. Traduction Guenau. Paris 1855, 8 volumes.

IV. — Ouvrages généraux d'histoire du Droit français

- BROCHER. — *Les Origines de la Procédure civile*. Revue générale du Droit. T. 1 et 4.
- DECLAREUIL. — *Histoire générale du Droit Français des origines à 1789*. Paris 1925.
- ESMEIN. — *Cour Elémentaire d'Histoire du Droit Français*. Paris 1925, 15^e édition.
- FLACH. — *Les Origines de l'ancienne France*. Paris 1886-1917, 4 vol.
- GASQUET. — *Précis des Institutions politiques et sociales de l'ancienne France*. Paris 1881, 2 volumes.
- GIRAUD. — *Essai sur l'Histoire du Droit Français au Moyen-Age*. Paris 1846, 2 volumes.
- GLASSON. — *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. Paris, 1886-1917, 4 volumes.
- LAFERRIÈRE. — *Histoire du Droit Français*. Paris 1852, 2 volumes.
- SAVIGNY. — *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*. Traduction Guenau. Paris, 1839, 3 volumes.
- TARDIF. — *Institutions politiques et administratives de la France*. Epoque Mérovingienne. Paris 1882.
- VIOLLET. — *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*. Paris 1899-1903, 3 volumes.
- VIOLLET. — *Histoire du Droit civil Français*. Paris 1905.

V. — Epoque Franque

- BEAUCHET. — *Histoire de l'Organisation judiciaire en France, époque franque*. Paris 1886.
- BEAUDOIN. — *La participation des hommes libres au jugement*. Nouvelle Revue Historique du Droit. 1887.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Monarchie franque*. Paris 1888.
- FUSTEL DE COULANGES. — *Recherches sur quelques problèmes d'Histoire*. Paris 1885. Grégoire de Tours. *Histoire des Francs*.
- ESMEIN. — *Mélanges d'Histoire du Droit et de critique*. Paris 1886.

- ESMEIN. — *Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire*. Revue générale du Droit. T. IX.
- EISMEIN. — *La chose jugée dans le Droit de la Monarchie franque*. Nouvelle Revue du Droit, 1887.
- LUCHAIRE. — *Manuel des Institutions franques*. Paris 1892.
- LEFORT. — *Les Institutions et la Législation des Gaulois*. Paris 1881.
- LEHUERON. — *Histoire des Institutions Carolingiennes*. Paris 1843.
- PARDESSUS. — *Loi Salique*. Paris 1843.
- DE ROZIÈRES. — *Recueil général des Formules usitées dans l'Empire des Francs du V^e au X^e siècle*. Paris 1859-1871. 3 volumes.
- SIEGEL. — *Geschichte des deutschen gerichtsverfahren*. Giessen 1857.
- SOHM. — *Process der lex salica*. Traduction Thevenin. Paris 1873.
- THONISSEN. — *L'Organisation judiciaire et le Droit pénal de la Loi salique*. Bruxelles 1881.

VI. — Juridiction Ecclésiastique

- BEAUCHET. — *Origines de la Juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII^e siècle*. Nouvelle Revue Historique, 1883.
- M^{gr} DUCHESNE. — *Histoire ancienne de l'Eglise*. Paris 1906, 3 volumes.
- DURAND DE MAILLANE. — *Les Libertés de l'Eglise Gallicane*. Lyon 1771. 5 volumes.
- FLEURY. — *Discours sur l'Histoire Ecclésiastique*. Paris 1763. Nouvelle Edition.
- FLEURY. — *Institutions du Droit Ecclésiastique*. Paris 1767. Nouvelle Edition.
- P. FOURNIER. — *Les Conflits de juridiction entre l'Eglise et le Pouvoir séculaire*. Paris 1880.
- P. FOURNIER. — *Les Officialités au Moyen-Age*. Paris 1880.
- GRÉGOIRE DE TOURS. — *Vitæ Patrum*. 3^e édition. Krusch.
- OLIVIER-MARTIN. — *L'Assemblée de Vincennes de 1329*. Paris 1909.
- SAIILLES. — *L'Organisation juridique des premières Communautés chrétiennes*. Mélanges Girard. T. 2. Paris.
- SAVIGNY. — *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*. Traduction Guenoux. Paris, 1839. 3 volumes.
- SOHM. — *Kirchenrecht*. Leipzig, 1892.

VII. — Epoque Féodale

- DUCOUDRAY. — *Origines du Parlement de Paris*. Paris 1902.
- FOURGOS. — *L'Arbitrage dans le Droit Français*. Recueil de Législation de Toulouse, 1905.
- GIRY. — *Histoire de la Ville de Saint-Omer et de ses institutions*. Paris 1877.

- LUCHAIRE. — *Histoire des Institutions Monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*. Paris 1891, 2^e édition.
- MONEL. — *Les Juridictions commerciales au Moyen-Age*. Paris 1892, thèse.
- TARDIF. — *La Procédure civile et criminelle au XIII^e et XVI^e siècle*. Paris 1885.
- TESTAUD. — *Des Juridictions municipales en France*. Paris 1885, thèse.
- TROPLONG. — *Mémoire sur la Féodalité, les coutumes, et en particulier sur les coutumes du bailliage d'Amiens*. S. et Tr. Académie des Sciences morales et politiques. T. IX, 1896.
- WAUTERS. — *Les Libertés communales. Essai sur leur origine et leurs premiers développements en Belgique, dans le Nord de la France, et sur les bords du Rhin*. 2 volumes, Paris 1878.

VIII. — Ancien Droit français

- BEAUMANOIR. — *Les Coutumes de Beauvoisis*. Edition Beugnot, Paris, 1842.
- BOUTARIC. — *La France sous Philippe-le-Bel*, Paris 1861.
Anciennes Coutumes d'Artois.
Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine.
Anciennes Coutumes de Toulouse.
Grand Coutumier de France.
- DOMAT. — *Les Lois civiles*. Paris 1777. 2 volumes.
- FEVRET. — *Traité de l'Abus*. Lyon 1667. 2 volumes.
- JOUSSE. — *Traité de l'Administration de la Justice*. Paris 1771. 2 vol.
- PARDESSUS. — *Essai historique sur l'Organisation judiciaire*. Paris 1851.
- POTHIER. — *Traité de Procédure civile*. Orléans et Paris 1778.

IX. — Droit international (Epoque contemporaine)

- ACREMANT. — *La Procédure dans les Arbitrages internationaux*. Paris 1911.
- ALVAREZ. — *Le nouveau Droit international public*. Paris 1924.
Annuaire de l'Institut International. 1922.
- ARNAUD. — *Les Traités d'Arbitrage permanent entre les peuples*. 1895.
- BACH. — *Tribunaux internationaux d'Arbitrage*. Philadelphie, 1900.
- BARCLAY. — *Arbitrage et relations internationales après la Paix*. Traduction Furby. Paris 1518.
- BESSEN. — *L'Arbitrage international et la codification du Droit des*
duction Furby. Paris, 1918.
- BROWN. — *Revue de Droit International Public*. 1924.
- BROWN. — *La Conciliation internationale*. Paris, 1925.
- BRYCE. — *Les Démocraties modernes*. Traduction. Tome II. Paris 1924.

- DE BUSTAMENTO Y SERVEN. — *La Cour permanente de Justice Internationale*. La Haye, 1923.
- CLUNET. — *De l'état de la Vie juridique organisée*. Ateneo de Madrid 1911.
- Cour Permanente de Justice Internationale* (Publication de la). La Haye. Série D. *Actes et Documents relatifs à la Cour Permanente Internationale*.
- N° 1. *Statut et Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale*.
- X° 2. *Préparation du Règlement de la Cour*.
- N° 3. *Collection des textes gouvernant la Compétence de la Cour*.
- DUPUIS. — *L'Organisation internationale et la Souveraineté*. T. et C. R. de l'Académie des Sciences morales et politiques. 1919.
- DESPAGNET et DE BOEK. — *Cours de Droit international public*. Paris, 1910.
- FAUCHILLE. — *Traité de Droit international public*. Paris, 1921-1925. 4 volumes parus.
- GARNER. — *La Reconstitution du Droit international*. Revue de Droit international. 1921.
- GIRAUD. — *De la valeur et des rapports des Notions de Droit et de Politique dans l'acte international*. Revue générale de Droit international public. 1922.
- GOUBRAN. — *Le problème des Sanctions dans l'évolution de l'Arbitrage international*. Paris, 1923. Thèse.
- HEFFTER. — *Droit International public de l'Europe*. Traduction Bergson. Paris 1883. 4° édition.
- HOLJER. — *Les solutions pacifiques des litiges internationaux avant et depuis la Société des Nations*. Paris, 1925.
- LANGE. — *L'Arbitrage obligatoire*. Bruxelles, 1914.
- LANGLADE. — *De la clause compromissoire et des traités d'arbitrage permanent dans le Droit international moderne*. Toulouse, 1899, thèse.
- LAPRADELLE et POLITIS. — *Recueil des arbitrages internationaux*. Paris 1924. 2 volumes parus.
- DE LAUTER. — *La Crise du Droit International public*. Revue générale du Droit International public, 1919.
- LODER. — *La différence entre l'Arbitrage international et la Justice internationale*. La Haye. 1923.
- LE FUR. — *La Paix perpétuelle et l'Arbitrage international*. Revue de Droit international privé. T. XVI. 1909.
- LE FUR. — *Philosophie du Droit international*. Paris, 1922.
- MOCH. — *Histoire sommaire de l'Arbitrage permanent*. Monaco. 1910.
- PILLET. — *Droits fondamentaux des Statuts*. Paris. 1899.
- PILLET. — *Lettre sur l'Arbitrage à M. Stead*. Paris. 1909.
- PILLET. — *Les Conventions de La Haye*. Paris. 1918.
- POLITIS. — *La Justice Internationale*. Paris. 1924.
- REVON. — *L'Arbitrage International*. Paris, 1892.

- ROLIN-JACQUEMYNS. — *Chronique des Arbitrages internationaux*. Revue de Droit international. Tomes 22 et 23.
- SCELLE. — *Le nouveau Traité d'Arbitrage obligatoire entre les Etats-Unis, l'Angleterre et la France*. Revue politique et parlementaire. 1922.
- SCELLE. — *La Société des Nations et le règlements des conflits internationaux*. Europe Nouvelle du 29 mars 1919.
- SCELLE. — *Le Pacte des Nations et sa liaison avec le Traité de Paix*. Paris, 1919.
- SCELLE. — *L'élaboration du Pacte, dans « les origines et l'œuvre de la Société des Nations »*. Tome I.
- SCELLE. — *La morale des Traités de Paix*. Paris. 1920.
- SOCIÉTÉ PROUDHON. — *Projet de Constitution Internationale*. Paris. 1918.
- Société des Nations* (Publications de la). Genève :
- Comité. 16 juin-24 juillet 1920.
- et relatifs à des projets déjà existants, pour l'établissement d'une Cour Permanente de Justice internationale.
- Comité consultatif de juristes. Procès-verbaux des séances du Comité. 16 juin-24 juillet 1920.
- Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'art. XIV du Pacte et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour Permanente.
- SOURIAC. — *L'évolution de la Juridiction Fédéral Suisse*. Toulouse. 1909, thèse.
- DE VISSCHER. — *La session de Grenoble de l'Institut International*. Revue de Droit International. 1923.
- WEYBERG. — *L'Amérique et la Cour Permanente de Justice Internationale*. Revue de Droit International. 1923.
- WEISS. — *Le Droit international d'hier et de demain*. Revue Scientia. Janvier 1916.
- WEISS. — *Du Fondement du Droit International*. Séances et Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1924. T. 2.

X. — Droit Ouvrier

- Association Nationale Française pour la Protection légale des Travailleurs. — *Le Règlement amiable des conflits du travail*. Paris 1911.
- BERTHEMOT. — *L'Arbitrage obligatoire*. Paris, 1901, thèse.
- PAUL-BONCOUR. — *Les rapports de l'individu et des groupements professionnels*. Paris 1901, thèse.
- BONNET. — *De l'arbitrage obligatoire entre patrons et ouvriers dans les services d'intérêt général*. Poitiers, 1921, thèse.
- BOUCAUD. — *L'évolution juridique et les tendances sociales*. Chronique sociale de France. 1920.

- BRUGEILLES. — *Essai sur la nature juridique de l'entreprise*. Revue trimestrielle. 1912.
- BRETHER. — *De la nature juridique de la Convention collective de travail*. Bordeaux. 1921, thèse.
- BRY. — *Répercussion de la guerre sur la réglementation du travail*. Revue générale du Droit, 1919.
- Bulletin du Travail*.
- CESTRE. — *L'arbitrage en Angleterre, aux Etat-Unis, en Australie*. Revue Politique et Parlementaire. Octobre 1920.
- CHATELAIN. — *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs*. Paris 1902.
- CLARCK. — *Principes d'économie dans leur application aux problèmes modernes*. Traduction Qualid. Paris 1911.
- GRETINON. — *L'Autorité et les Contrats*. Chronique du Sud-Est. 1909.
- CUCHE. — *En lisant les juristes philosophes*. Paris. 1919.
- CUCHE. — *La législation du travail et les transformations du Droit; Quatrième Cahier de la Nouvelle Journée*. 1925.
- DEMOGUE. — *Les Notions fondamentales du Droit privé*. Paris. 1911.
- DESROY DU ROURE. — *L'Autorité dans l'atelier; le règlement d'atelier et le contrat de travail*. Paris, 1910, thèse.
- DUFOURMANTELLE. — *La législation sociale en France; les idées maîtresses de son évolution durant les 50 dernières années dans les transformations du Droit*. Paris. 1925. 2 volumes.
- DUGUIT. — *Le transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris. 1912.
- DUGUIT. — *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*. Paris. 1901.
- DUTHOIT. — *Les sanctions du Contrat collectif de travail*. Chronique sociale. 1919.
- EBLÉ. — *Développement juridique et social de la convention collective de travail*. Paris. 1923.
- ENGEL. — *L'arbitrage et la conciliation entre patrons et ouvriers*. Paris, 1908, thèse.
- GAZIN. — *La nature juridique des Règlements de travail*. Dijon, 1913, thèse.
- GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*. Dijon, 1912, thèse.
- GROUSSIER. — *Rapport sur le projet de loi de 1910 relatif aux conventions collectives de travail*. Documents parlementaires. Chambre des Députés, 1913, annexe n° 2.334.
- JAY. — *La Protection légale des travailleurs*. Paris, 1904.
- LAFARGE. — *Rapport sur le projet et les propositions concernant les conflits collectifs du travail et l'exercice du droit de grève*. Chambre des Députés, 1920, annexe n° 1478.
- LEVY. — *Volonté et Arbitrage*. Revue Socialiste, 1911.
- HENRI MICHEL. — *L'idée de l'Etat*. Paris, 1886.
- MORIN. — *La Révolte des faits contre le Code*. Paris, 2^e édition, 1920.
- NOGARO. — *L'Arbitrage obligatoire*. Etudes économiques et juridiques. Paris, 1906.

- PAGE. — *La compétence des Conseils de Prudhommes*. Paris, 1923.
- PERIN. — *De l'lésion dans le contrat de travail*. Paris, 1908.
- PIROU. — *Le problème du contrat collectif de travail en France*. Revue Internationale du Travail, 1922.
- PIC. — *La Conciliation et l'Arbitrage obligatoires dans les conflits industriels devant le Conseil Supérieur du Travail*. Revue Politique et Parlementaire, 1925.
- PIC. — *De la prévention ou du règlement amiable des conflits collectifs entre employeurs et employés. Questions pratiques*. 1925.
- SCHELLE. — *Le Salarial Nouveau*. Février 1923.
- SCHELLE. — *Droit ouvrier*. Paris, 1925.
- SCHLOSS. — *Les modes de rémunération du travail*. Traduction Rist. Paris (avec introduction Rist).
- VOLF. — *Etudes sur les tendances à la souveraineté des Syndicats professionnels*. Poitiers, 1911, thèse.

IX. — Droit Privé

- BEAUREGARD. — *La clause compromissoire*. Paris, 1914, thèse.
- BOITARD. — *Leçons de Procédure civile*, Paris, 1876, 2 volumes.
- BONCENNE. — *Traité de Procédure civile*, 7 volumes. Paris, 1828.
- CARRÉ et CHAUVEAU. — *Traité de Procédure civile*, 11 volumes. Paris, 1880.
- DUCHEMIN. — *L'Arbitrage à la Chambre de Commerce Internationale*. Revue Politique et Parlementaire, 1925.
- DUPRÉ. — *La clause compromissoire*. Paris, 1910, thèse.
- FÉVRIER. — *La clause compromissoire*, Paris, 1910, thèse.
- GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de Procédure civile*. 9 volumes. Paris, 1912-1925, 3^e édition.
- GODRON. — *La clause compromissoire*. Paris, 1916, thèse.
- HUGUES. — *Etudes sur la clause compromissoire*. Nîmes, 1912.
- LOCRÉ. — *Esprit du Code de Procédure*. Paris, 1816, 4 volumes.
- LOUIS-DREYFUS. — *La clause compromissoire*, Revue Politique et Parlementaire, 1925.
- NOUGIER. — *Des Tribunaux de Commerce*.
- ROCHER. — *L'arbitrage en matière civile*. Paris, 1907, thèse.
- THALLER. — *Traité de Droit commercial*. Paris, 1922, 6^e édition.
- WEILL. — *Les sentences arbitrales en Droit international privé*. Paris, 1906, thèse.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Introduction	7

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DE L'ARBITRAGE

CHAPITRE PREMIER

L'arbitrage dans les sociétés primitives	17
Dans l'antiquité : en Grèce, en Irlande, en Gaule, chez les Romains, chez les Mèdes et les Hébreux.	
A l'époque contemporaine.	

CHAPITRE II

Le rôle de l'arbitrage dans les institutions judiciaires de Rome	27
Le roi est-il investi de l'autorité judiciaire ?	
Le caractère arbitral de la procédure in jure.	
La litis contestatio.	
La sentence.	
Les actions de bonne foi.	
L'arbitrage privé.	

CHAPITRE III

L'arbitrage dans la Monarchie Franque	48
Les rachimbourgs sont-ils des arbitres ?	
Les vestiges d'une procédure arbitrale.	
Existe-t-il un arbitre privé ?	

CHAPITRE IV

Le rôle de l'arbitrage dans le développement de la juridiction ecclésiastique	57
A l'époque romaine.	
A l'époque franque.	
A l'époque féodale.	

CHAPITRE V

Le rôle de l'arbitrage à l'époque féodale	65
Le caractère arbitral de la justice féodale.	
L'arbitrage à l'époque féodale.	

CHAPITRE VI

L'arbitrage dans l'ancien droit français..... 73

- L'arbitrage privé.
 - L'arbitrage forcé.
 - L'arbitrage sous la Révolution Française.
-

DEUXIÈME PARTIE

**LES DÉVELOPPEMENTS NOUVEAUX
DE LA PROCÉDURE ARBITRALE**

CHAPITRE VII

En droit International ; de l'arbitrage à la juridiction... 82

- La Société des Nations; la souveraineté des Etats; la nature de l'arbitrage international.
- Du compromis d'arbitrage au recours juridictionnel obligatoire.
- Du libre choix des arbitres au tribunal permanent.
- Vers des règles de droit.
- La Cour Permanente de Justice est encore une cour arbitrale.

CHAPITRE VIII

En droit ouvrier : par l'arbitrage vers l'organisation professionnelle 107

- Le régime du contrat de travail individuel.
- Vers un régime nouveau.
- Vers le recours obligatoire.
- Vers des règles de droit.
- Vers un tribunal permanent.
- Vers la sentence obligatoire.
- Par l'arbitrage et au-delà de l'arbitrage vers l'organisation professionnelle.

CHAPITRE IX

En droit privé : de l'arbitrage vers des juridictions commerciales professionnelles..... 127

- L'arbitrage forcé.
 - L'arbitrage privé.
 - La clause compromissoire; application dans les relations commerciales internes et internationales.
-

